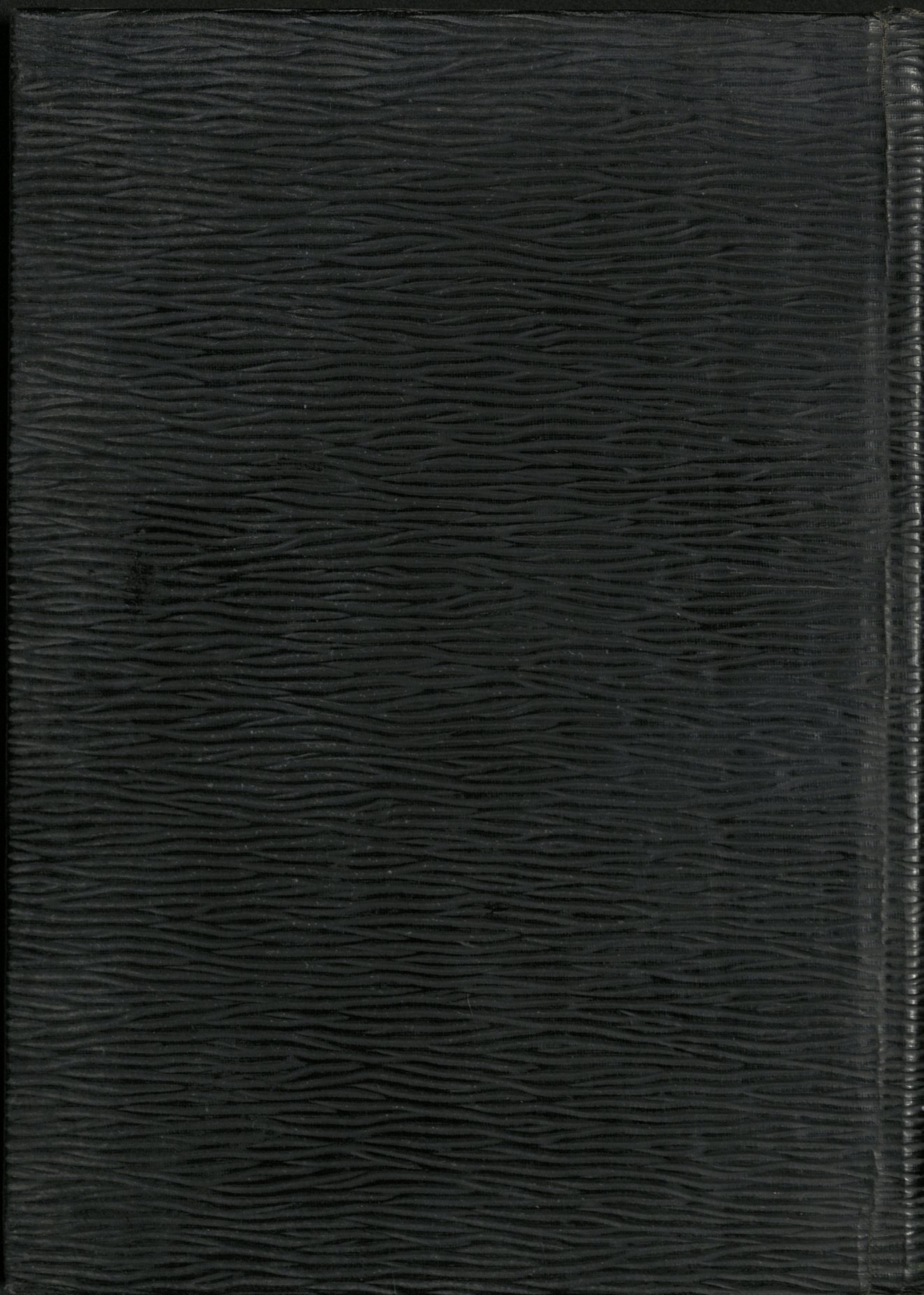
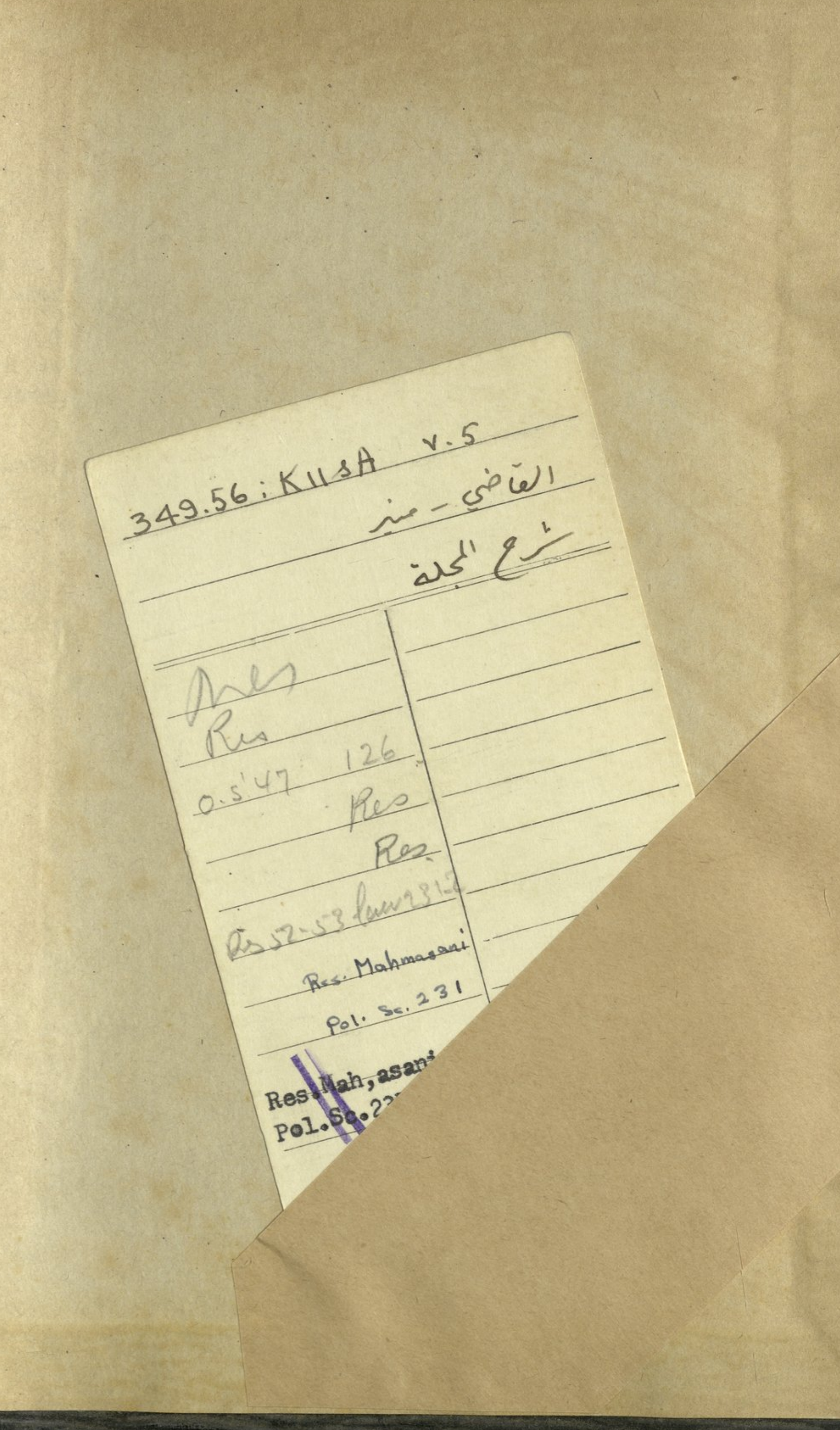




349.56 : K11sA v.5
القاضي - منير
شرح المجلة
Res
Res
O.5'47 126
Res
Res
Res 52-53
Res. Mahmasani
Pol. Sc. 231
Res. Mah,asani
Pol. Sc.

محاضرات

في

شرح مجلة الاحكام العدلية

ألقاها

الاستاذ السيد منير القاضي

على

طلبة الصف الثالث

من كلية الحقوق العراقية

طبعها

محمد مهدي الوهاب

١٣٥٥ هـ — ١٩٣٦ م

مطبعة المعارف • بغداد



بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الشركة

ان هذا الكتاب من المجلة وان كان قد عنون بـ (كتاب الشركة) فانه قد شمل ثمانية مواضيع من الابحاث الفقهية كل موضوع منها قد عقد له كتاب خاص هناك وهي :

كتاب الشركة ، كتاب القسمة ، كتاب المضاربة ، كتاب المزارعة ، كتاب المساقات ، كتاب احياء الموات ، كتاب الصيد ، كتاب الحيطان ، . واختير هذا العنوان لجميع هذه المواضيع لان مفادها لا يخلو من حمل احد المعاني الاربعة الآتية الذكر للشركة او من علاقته بها كالقسمة او مناسبته لها كمسائل الحيطان .

تطلق الشركة على اختصاص ما فوق الواحد بشيء وهو معناها الاصلي وتطلق ايضاً عرفاً على العقد الذي هو من اسباب هذا الاختصاص . وتطلق عرفاً على كون العامة مباحاً لهم احراز الاشياء المباحة التي ليست في الاصل ملكا لاحد كاحراز الماء والكلأ والنار (المادة ١٠٤٥، ١٢٣٤ من المجلة) وتطلق ايضاً على اختصاص اكثر من واحد في حفظ شيء كاشتراك الودعاء في حفظ الوديعة (م ١٠٦٥) . تسمى الشركة بالمعنى الاول شركة في الملك وبالمعنى الثاني شركة في العقد وبالمعنى الثالث شركة اباحة وبالمعنى الرابع شركة حفظ . فهي اربعة انواع شركة ملك وشركة عقد وشركة اباحة وشركة حفظ .

وتنقسم شركة العقد الى تجارية ومدنية فالتجارية ثلاثة انواع (السكولكتيف) (والسكومنديت) (والانونيم) وما يتعلق بهذه الانواع من الابحاث والاحكام مرجعه قانون التجارة البرية وشروحه .

وتنقسم المدنية الى مفاوضة وعنان وكل واحد منهما اما شركة اموال اوشركة وجوه او شركة اعمال وتسمى ايضاً (شركة تقبل وشركة أبدان وشركة صنائع) .

وتنقسم شركة الملك الى اختيارية واجبارية والى شركه عين وشركة دين، وكذلك شركة الحفظ تنقسم الى اختيارية وجبرية فالاولى كما في شركة الودعاء في حفظ الوديعة فانها اختيارية لان الايداع تحقق بقبولهم . والثانية كاشتراك الساكنين في دار في حفظ ما القته الرياح في الدار من الاموال .

شركة الملك

ينحصر البحث في شركة الملك ، بتعريفها ، وأقسامها ، وأحكام تصرف الشركاء ، وكيفية الانتفاع بالاعيان المشتركة ، وعمارة الملك المشترك .

تعريفها : هي أن يملك اثنان أو اكثر عيناً أو ديناً بسبب من أسباب التملك أو بسبب الخلط أو الاختلاط (م ١٦٠) واسباب التملك هي العقد كالبيع ، والارث ونحوه كالوصية واحراز الاشياء المباحة الا ان هذا السبب الثالث لا يتصور ان يسبب شركة الملك لان كل من يحوز شيئاً مباحاً يكون ملكا له وحده . فاذا اشترى شخصان مالا كان مشتركا بينهما سواء اشترياه بعقد واحد أو اشترى أحدهما نصفه مثلا بعقد واشترى الآخر النصف الثاني بعقد ، وكذا لو قبضاه من طريق الهبة أو الوصية أو وصل اليهما بطريق الارث ، وكذا الحكم لو اختلط مال شخصين كما لو سال ظرفا دهن كل منهما

لشخص واجتمع الدهن في حوض مثلا فانه يصبح مشتركا بين الشخصين ، وكذا لو خلط شخصان مالهما كان المخلوط مشتركا بينهما سواء باشرا الخلط بانفسهما او باشره غيرهما باذنهما .

اما لو خلط المالين شخص آخر بلا اذن منهما فالمخلوط يكون ملك الخالط وعليه الضمان لاصحاب الاموال لانه بالخلط كان متلفاً لكل من تلك الاموال صورة . ولو وقع الخلط باذن احد اصحاب الاموال دون غيره كان المال مشتركا بين الخالط والآذن حسب حصته وعلى الخالط الضمان لارباب الاموال الذين لم يأذنوا بالخلط . ثم ان الخلط او الاختلاط انما يوجب الشركة اذا اختلط المالان بحيث يتعذر أو يتعسر التمييز بينهما كما لو اختلطت الحنطة بالشعير والدهن بالدهن . فلو امكن التمييز والتفريق بين الاموال المختلطة لا يكون المخلوط مشتركا بل يختص كل واحد بماله . فلو كان لرجل دينار والآخر ديناران من جنسه فاختلط دينار الرجل بهما بحيث لا يقبل التمييز ثم ضاع اثنان منهما وبقي واحد يكون الباقي مشتركا بينهما مثالثة ثلثاه لصاحب الدينارين وثلثه لصاحب الدينار (م ١٠٦١) وسبب ذلك ان الدنانير الثلاثة بعد هذا الاختلاط قد اصبحت مشتركة بين الرجلين مثالثة واذا هلك قسم من المال المشترك يبقى الباقي مشتركاً بين الشركاء على الوجه الذي كان قبل الهلاك ولو كانت الدنانير في المثال المذكور مختلفة الجنس كما لو كان لواحد دينار فرنسي وللآخر دنانير مصرية فخالط الجميع لا تتحقق الشركة ويختص كل واحد بديناره والهالك يهلك على صاحبه ، وكذلك لو كانت الدنانير من جنس واحد الا ان فيها علامة فارقة كأن تكون دنانير احدهما عراقية سالمة ودنانير الآخر عراقية

مثقوبة واختلط الجميع فلا شركة لأمكان التفريق والتمييز .

اقسامها : تنقسم شركة الملك الى (١) اختيارية (٢) وجبرية والى

١ - شركة عين اي شركة في عين ٢ - وشركة دين اي شركة في دين

فالاختيارية ما كانت بفعل الشركاء كشراء جملة اشخاص شيئاً شائعاً بينهم وكقبولهم الهبة او الوصية ، وكخلطهم اموالهم اختياراً بحيث يتعذر او يتعسر فصلها (م ١٠٦٣) وانما قلنا اختياراً لان الخلط اذا كان باكراه فان كان ملجئاً لا تتحقق الشركة بل يعود المخلوط للمكره وعليه الضمان لارباب الاموال المخلوطة لانه يعتبر هو الفاعل للخلط بحكم اكراهه ، والخلط اتلاف فعليه الضمان ، ان كان الاكراه غير ملجيء فتتحقق الشركة لان الاكراه غير الملجيء انما يؤثر في العقود لا في الافعال .

وأما شركة الملك الجبرية فهي ما حصلت بغير فعل الشركاء كالاشتراك الحاصل بسبب الارث وكاختلاط الاموال اضطراراً على وجه يتعذر او يتعسر التفريق بينها (م ١٠٦٤) كما لو نهرت اكياس الحنطة كل قسم منها لشخص فاختلطت .

واما شركة الملك في العين فهي اختصاص اكثر من واحد في مال معين كأختصاصهم في دار او سيارة او نحوهما من الاعيان (م ١٠٦٧) .

واما شركة الملك في الدين فهي اختصاص اكثر من واحد في مبلغ من الدين كاشتراكهم في مقدار من الدراهم في ذمة شخص (م ١٠٦٨) وانما صح الاشتراك في الدين مع ان الدين عند الحنفية ليس بمال بل هو وصف ثابت في الذمة لانه مال مآلا فكلما قبض شيء من الدين ظهر مال مشترك . والمراد

من الدين هنا هو المعنى الاول من المعاني الثلاثة للدين الواردة في المادة (١٥٨) لان الاشتراك في الدين بالمعنيين الاخيرين هو من باب الشركة في العين

احكام تصرف الشركاء في الاعيان المشتركة :

ان الاعيان المشتركة لا تخلو من ان تكون من المسقفات كالدور والدكاكين ونحوها ، او من الحيوانات ، او من الثياب ، او من الحدائق والرياض ، اومن الاراضي ، او من المكيلات والموزونات .

ولهذه الانواع الستة احكام شاملة تجري في جميعها ، واحكام تجري في نوع دون نوع واليك البيان :

الاحكام الشاملة

التصرف باتفاقهم

١ ـ للشركاء ان يتصرفوا باتفاقهم في العين المشتركة كيفما يشاءون (م ١٠٦٩) فلهم ان يبيعوها و يقتسموا الثمن حسب انصبائهم وان يؤجروها و يقتسموا الاجرة حسب حصصهم وان يرهنوها ، وان يزرعوها اذا كانت ارضاً ، وان يقرضوها اذا كانت مما يقرض ، وان يسكنوها اذا كانت مما يسكن كالدار الا انه ليس لاحدهم ان يدخل فيها اجنبيا بلا إذن من سائر الشركاء ولو كان الادخال بطريق الزيارة لا السكنى ، لاقتضاء ذلك التصرف في ملك الغير بلا اذنه وذلك غير جائز (م ١٠٧٠) .

للشريك ان يتصرف منفرداً باذن

٢ ـ لاحد الشركاء ان يتصرف مستقلا في الملك المشترك باذن شركائه ، والاذن اما ان يكون صريحاً او حكمياً فالصريح كأن يفوض اليه الشركاء بيع المشترك او ايجاره او اعارته او السكنى فيه او هدمه او نحو ذلك من التصرفات

فحينئذ يسوغ للمأذون التصرف وفق الاذن سواء كان مضراً او غير مضر لانه يعتبر اصيلا عن نفسه ووكيلا عن شريكه وللوكيل ان يعمل ما فوض اليه .

والاذن الحكمي ما اعتبر الشرع تقديره ، وهو مقدر في التصرف غير المضر الصادر من الشريك بحضور الشركاء فيما لا يختلف باختلاف المستعملين كسكنى احد الشركاء في الدار المشتركة (م١٠٨١) اللهم الا اذا كانت عائلته الساكنة معه تضر سكناهم بتلك الدار وزراعته الارض المشتركة اذا كانت زراعته لا توجب نقصانها فاذا سكن احد الشركاء في الدار المشتركة بحضور فلا تلزمه اجرة الا اذا كان الشريك وقفا او يتيما او بيت المال ولا ضمان عليه لو احترقت وليس للشركاء ان يطلبوا السكنى في تلك الدار مستقلين بمقدار المدة التي سكن فيها الشريك المذكور (م ١٠٨٣) وكذلك لو زرع احد الشركاء الارض المشتركة بحضور الشركاء ولم تكن الزراعة تنقصها فاذا استحصد الزرع فليس للشركاء عليه اجر (م ١٠٧٦) اما اذا لم يستحصد الزرع فيجري حكم المادة (١١٧٣) .

اما اذا كان الشركاء في المثالين غائبين فان الاذن مقدر ايضاً الا ان للشريك عند حضورهم ان يطلب سكنى الدار او زراعة الارض بقدر المدة التي تصرف فيها الشريك لان الاذن من الشريك الغائب وان كان مقدراً حكما فان المهايئة الرضائية مقدرة ايضاً حفظاً لمصلحة الطرفين وقياماً بالتوازن العادل بخلاف ما اذا كان الشريك حاضر فان حضوره وسكوته يتضمن الاذن فقط دون المهايئة اذ بامكانه ان يطلبها لو كان راغبا فيها وكذلك لو ان الشريك سكن الدار بغيبة شريكه سنة وتركها سنة وزرع الارض سنة وتركها

سنة فليس للغائب عند حضوره ان يطلب سكنى الدار او زراعة الارض بقدر المدة التي تركها الشريك (م ١٨٠١) لان الترك يعتبر تنفيذاً للمهايئة الرضائية الضمنية .

التصرف المضر ممنوع

٣ ـ كل واحد من الشركاء اجنبي في التصرف المضر بحصة شريكه فليس له ان يتصرف فيها تصرفاً يضر بها من دون اذن صاحبها لانه لا ملك له فيها ولا ولاية له عليها بل ان يده يد امانة مجردة ، فاذا تصرف بها تصرفاً مضراً فهلك المال المشترك في يد من وقع التصرف منه او في يد الشريك ولو بعد عوده الى الوفاق بازالة التعدي فانه يضمن قيمته يوم التعدي او نقصان قيمته اذا حصل فيه نقص من جراء التصرف . فليس له ان يركب الدابة المشتركة ولا ان يحملها فان فعل وهلكت الدابة او نقصت قيمتها ضمن نصيب شريكه ، وكذلك ليس له ان يبيع نصيب شريكه او ان يرهنه او يهبه او يؤجره او يعيره بدون اذن من شريكه لان هذه تصرفات مضرة بالشريك فان فعل كان العقد موقوفاً في نصيب الشريك على رضائه وان فعل وسلم المعقود عليه الى العاقد الثاني فهلك المال بيده كان للشريك ان يضمن اي العاقدين شاء . اما اذا كان التصرف غير مضر بالشريك كسكنى الدار المشتركة وزراعة الارض التي لا تضرها الزراعة فانه يعتبر متصرفاً في ملك نفسه لشيوع حصته في كل جزء (م ١٠٧٥) .

للشريك ان يتصرف اذا كانت الشركة دون سبب الخلط والاختلاط

٤ ـ اذا كانت الشركة في العين قد نشأت من غير خلط الاموال او اختلاطها فلكل من الشركاء ان يتصرف في حصته بدون اذن شريكه بسائر التصرفات الشرعية التي لا يترتب عليها ضرر لشريكه سواء كان

التصرف لشريكه او لغيره لقدرته على التسليم في كلا الحالتين فان كان في التصرف ضرر لشريكه فلا يجوز بدون اذنه لان الضرر يزال شرعاً ، و بناء على ذلك لاحد الشركاء ان يبيع حصته من الدار او الارض او الفرس لمن شاء (م ١٠٨٨) ، وليس لشريكه ان يجبره على بيعها له كما انه ليس له ان يجبره على شراء حصته (م ١٠٧٢) ولكن ليس له ان يهدم نصفه من الجدار المشترك او ان يقطع نصف الاشجار المشتركة لان هذا يؤدي الى ضرر شريكه ، كما انه ليس له ان يبيع نصيبه مثلاً من الجدار المشترك بدون ارضه لاجنبي او لبعض الشركاء دون بعض لعدم قدرته على تسليم المبيع الى المشتري بدون اضرار شريكه لان المشتري يكلف برفع ما اشتراه من البناء عن الارض وهذا يوجب نقض الجدار المؤدي الى اضرار الشريك (ولا ضرر ولا ضرار شرعاً) حتى لو اشترط ابقاء المبيع على الارض لئلا يتضرر الشريك كان البيع فاسداً لانه شرط فيه نفع للمشتري . اذا كانت الشركة قد نشأت من الخلط او من الاختلاط فان كان التصرف للشريك كأن يبيع حصته من الحنطة المخلوطة لشريكه فصحيح ، وان كان التصرف لغير شريكه فلا يصح وان لم يكن في ذلك ضرر على الشريك (م ١٠٨٨) والسبب في ذلك عدم القدرة على التسليم لان الخلط او الاختلاط لا يترتب عليهما الاشتراك في كل حبة من المخلوط بل كل حبة مملوكة بجميع اجزائها لواحد من الشريكين وهو صاحبها الاصلي ، فلو باع نصيبه لاجنبي فلا يقدر على تسلمه الا مخلوطاً بملك غيره وهذا يتوقف على اذن الغير وهو الشريك لان التصرف في ملك الغير موقوف على اذنه .

٥ ـ ان حاصلات الاموال المشتركة تقسم بين الشركاء سوية ولا عبرة

الحاصلات تقسم سوية ولا عبرة بالشرط

بالشرط الوارد على خلاف ذلك (م ١٠٧٣) فلو كان حيوان او عقار مثلا مشتركاً بين ثلاثة اشخاص وآجروه فان الاجرة تقسم بينهم مثالثة ولا عبرة بالشرط الوارد بينهم على خلاف ذلك وكذلك لبن الحيوان المشترك وصوفه ونتاجه وغلة البستان المشتركة ، فلو اخذ احدهم اكثر من نصيبه بناء على الشرط الوارد بينهم فللشركاء الآخرين استرداد الزائد ان كان موجوداً وتضمين قيمته ان كان هالكاً . ويتفرع على هذا الحكم ان شخصين لو اجرا داريهما بعقد واحد على ان يقتسما الاجرة بينهما مناصفة وكانت اجرة مثليهما متفاوتة فلا عبرة بالشرط بل تقسم الاجرة بينهما بنسبة اجرة مثليهما .

حصة الشريك امانة بيد الآخر

٦ ـ ان حصة احد الشريكين امانة في يد شريكه فتجري عليه سائر احكام الامناء فاذا هلكت في يده بلا تعد او تقصير منه فلا ضمان عليه والا ضمن . فاذا اودع احد الشركاء المال المشترك عند غير امينه بلا اذن من شركائه فهلك المال ضمن الشريك المودع حصص شركائه . وكذلك لو اعاره لآخر فهلك وكذلك لو كانت مواشي مشتركة بين شخصين في يد احدهما فاعطاها هذا الى اجير مشترك يرعاها فهلكت عند الراعي فان الشريك يضمن حصة شريكه ، اما اذا حفظ الشريك مال الشركة عند اجيره الخاص او وكيله او بيد من في عياله فلا ضمان عليه ان هلك والحاصل ان حكم مال الشركة بيد احد الشركاء حكم سائر الامانات (م ١٠٨٧) .

اما الاحكام الجارية في نوع دون نوع من الاعيان فهي :

اذا اجر الشريك الدار بدون اذنه

١ ـ اذا اجر احد الشركاء الدار المشتركة او الارض المشتركة او الحيوان المشترك بدون اذن من شركائه وانقضت المدة او انقضى بعضها فلم يجز الشركاء العقد عند علمهم به فعلى الشريك المؤجر ان يعطي شركاءه انصباءهم من

الاجرة التي قبضها سواء كان هؤلاء الشركاء غائبين او حاضرين على الاصح (م ١٠٧٧ ، م ١٠٨٤) وليس له ان يستبد بجميع الاجرة فارضا نفسه فضوليا وان الفضولي اذا اجر واستوفى الاجرة وانقضت مدة الاجارة بلا اجازة فان الاجرة له بناء على قاعدة (ان الاجرة للعاقد) والفضولي هو الذي يعتبر عاقدا في هذه الصورة والسبب في ذلك ان الفقهاء اعتبروا الشريك الغائب في هذه المسألة بحكم الاذن لشريكه واعتبروا الحاضر بحكم المجيز ان كان عالما بالعقد لانه مع علمه به لم يطلب فسخه وبحكم الغائب اذا لم يكن عالما بالعقد ، والغائب قد اعتبر بحكم الاذن .

٢ ـ اذا زرع احد الشركاء الارض المشتركة بدون اذن سائر شركائه فلا يخلو الشركاء من ان يكونوا حاضرين او غائبين فان كانوا حاضرين وسكتوا حتى استحصد الزرع فليس لهم طلب شيء من الشريك الزارع من اجرة او نحوها اللهم الا اذا نقصت الارض بزراعته فلهم تضمينه قيمة النقصان . وان لم يستحصد الزرع فللشركاء ان يطلبوا قسمة الارض وعند القسمة فلهم ان يكلفوا الزارع بقلع زرعه الذى كان قد حصل في نصيبهم بعد القسمة او ان يتفقوا معه على وجه آخر (م ١١٧٣). وان كان الشريك غائبا فللحاضر ان يزرع كامل الارض اذا علم ان الزراعة تنفع الارض ولا تنقصها وعند حضور الغائب له ان يزرعها مقدار المدة التي زرعها الاخر نظراً لاعتبار الاذن حكما في اعتبار المهايئة الزمانية حكما ايضا ، واذا علم ان ترك الزراعة نافع للارض ومؤد الى قوتها وزراعتها توجب نقصانها فحينئذ لا يوجد اذن الغائب لا حقيقة ولا حكما ولكن بما ان الشريك الحاضر لا يجوز حرمانه من الانتفاع من حصته فله ان يزرع

اذا زرع الشريك بدون اذنه

في بقعة معينة من الارض مقدار حصته كل سنه ، وليس له ان يزرع كل سنة قسما غير القسم الاول ، وذلك نظرا الى ان الشرع اعتبر في هذا الجواز مهايئة مكانية حكمـا و بناء عليـه اذا حضر الغائب ليس له ان يمنع الشريك الذي سبقت زراعته على الوجه المذكور من الاستمرار على الزرع معه بحكم الشركة . وليس للشريك الحاضر ان يزرع كامل الارض بغيبة شريكه اذا كانت الزراعة تنقصها، فلوفعل فللغائب عند حضوره ان يضمنه نقصان حصته، غير ان الشريك الحاضر اذا راجع الحاكم واذن له بزراعة كامل الارض لئلا يضيع العشر او الخراج فزرع كامل الارض فليس للغائب عند حضوره ان يضمن شريكه الزارع شيئاً لان زراعته كانت بجواز شرعي والجواز الشرعي ينافي الضمان ، ولـكن هل للشريك الغائب في هذه الصورة ان يطلب زراعة الارض بكاملها مقدار المدة التي كان قد زرعها الحاضر باذن الحاكم ؟ الظاهر ان له ذلك قياسا على ما اذا زرعها الحاضر بكاملها بغيبة شريكه ولم تـكن الزراعة تنقصها على ما مر بيانه .

نتاج الحيوان تبع الام

٣ ـ نتاج الحيوانات تبع الام في الملـكية فالمالك للام هو المالك لنتاجها ، لان النسبة في الحيوانات الى الام هي المتحققة ولا يمكن تعيين الاب عادة ولانه كالجزء من الام .

الشريك في البستان

٤ ـ اذا غاب الشريك في البستان المشتركة فللشريك الحاضر ان يكون قائما عليها وليس ذلك واجباً عليه حتى انه لو اهملها فخربت لا شيء عليه واذا قام عليها فادرك الثمر كان له ان يأخذ حصته منها ، واما حصة الغائب فله الا يمسها بشيء واذا فسدت لاضمان عليه ، وله ان يبيعها ويحفظ ثمنهـا له

فاذا حضر الغائب كان مخيراً فان شاء اجاز البيع واخذ الثمن المحفوظ وان شاء لم يجز وضمن الشريك (م ١٠٨٦) ولو كان المبيع قائما بيد المشتري وهذا الخيار يثبت ايضاً لورثة الغائب فيما لو مات الغائب والاجازة هنا لا تتوقف على شروط الاجازة في بيع الفضولي ووجه الفرق ان الشريك هنا مجاز له البيع شرعا بخلاف الفضولي . ولكن قد يقال اذا كان الشريك مجازاً بالبيع فكيف يضمن للشريك اذا لم يختر الاجازة مع ان الجواز الشرعي ينافي الضمان ؟ . وهل يلاحظ في هذا الحكم المتعلق بقسمة الثمرة على الوجه المذكور ما جاء في المادة (١١١٧) والمادة (١١١٨) ؟ الظاهر من اطلاق المادة (١٠٨٦) عدم ملاحظة ذلك .

اذا بذر بعض الورثة الحبوب المشتركة

٥ ـ اذا بذر بعض الورثة الحبوب المشتركة بينهم في الارض الموروثة لهم او في غيرها فان كان ذلك باذن من الورثة الكبار ووصي الصغار او الحاكم كان الحاصل مشتركاً بينهم حسب انصبائهم. وان كان ذلك بلا اذن منهم كان الحاصل كله للزارع ولو كانت الزراعة في الارض الموروثة لهم غير انه يضمن لسائر الورثه مقدار حصصهم من البذر ونقصان الارض لانه في هذه الصورة يعد غاصباً ، وكذلك اذا بذر حبوبه الخاصة به في الارض الموروثة فان الحاصل كله له ، ويضمن لسائر الورثة نقصان الارض (م ١٠٨٩) والحكم على الوجه المذكور جار ايضاً في سائر الشركاء في حبوب وارض ولو لم يكونوا ورثة .

وكذلك الحكم لو اخذ احد الشركاء من الورثة او غيرهم مقداراً من الدراهم المشتركة وعمل بها ، فان كان ذلك باذن الشركاء وقد اشترط ان يكون الربح كله للعامل كانت المعاملة من باب القرض وكان الشريك العامل مستقرضاً

لحصة شركائه من الدراهم فله ربحها وعليه خسارها ، وان كان قد شرط ان يكون الربح مشتركاً بينهم كان العامل مضارباً في حصة شركائه ، وان كان قد شرط ان يكون الربح كله لشركائه كان مستبضعاً في حصة شركائه . وان عمل بها بدون اذن من شركائه كان غاصباً فيضمن لشركائه حصصهم من الدراهم، و يكون الخسار عليه والربح سالماً له فليس لهم مطالبته بشيء من الارباح (م ١٠٩٠) .

٦ ـ اذا كان المشترك من نوع الموزونات او المكيلات او العدديات المتقاربة فان للشريك الحاضر ان يأخذ نصيبه بغياب شريكه و ينتفع به فاذا حضر الشريك الغائب واخذ نصيبه تمت القسمة وانقطعت العلاقة بينهما . واذا هلك الباقي قبل ان يتسلم الغائب نصيبه فلا تعتبر القسمة قد تمت وكان الهالك على الطرفين، وعلى الشريك الحاضر ان يسلم الى الغائب ما يصيبه مما اخذه في غيبته (م ١١١٧) .

الديون والدين المشترك واحكامه

المراد من الدين هنا ، ما ثبت في الذمة من المال بسبب من الاسباب الموجبة له ، وهي ثلاثة : الاول العقود كالبيع والاجارة والقرض والنكاح والخلع ونحوها فيثبت بالبيع الثمن في ذمة المشتري ، وبالاجارة الاجرة في ذمة المستأجر ، وبالقرض بدله في ذمة المستقرض ، وبالنكاح المهر في ذمة الزوج ، وبالخلع بدله في ذمة الزوجة . الثاني النصوص وهي الاحكام الشرعية بثبوت النفقات على اختلاف أنواعها فان النفقات تكون ديناً في ذمة من وجبت عليه شرعاً . الثالث الافعال كالغصب والاتلاف فان المتلف (بفتح اللام) او

المغصوب اذا هلك فاذا كان من المثليات يثبت مثله في ذمة الغاصب او المتلف، وان كان من القيميات تثبت القيمة في ذمته ، سواء كان المتلف قد اتلف المال بنفسه او اتلفه من هم تحت رعايته من القصر والمجانين او ما هو في ملكه من الاعيان كجناية الحيوانات وكالهلاك بعدم اتخاذ الحيطة في المباني حتى سقطت فاتلفت شيئاً على ما مر من مواد المجلة فى باب الاتلاف .

اقسام الدين : ينقسم الدين باعتبارات مختلفة الى اقسام عديدة ، فانه ينقسم باعتبار وصفه الى حال ومؤجل ومقسط. و باعتبار قوته الى ممتاز وعادي، و الى صحيح وغير صحيح ، والى دين صحة ودين مرض ، و باعتبار سببه الى الى ثابت اصالة في الذمة وثابت تبعاً لثبوته على شخص آخر ، وينقسم بالنسبة للدائن الى مشترك وغير مشترك .

فالدين الحال ما تصح المطالبة به فوراً والمؤجل ما لا تصح المطالبة به الاوقت حلول الأجل، و يشترط في الأجل لصحة العقد المترتب عليه الدين ان يكون معلوماً عند المتعاقدين علماً نافياً للجهالة الفاحشة المؤدية الى النزاع . والمقسط ما يؤدى اجزاءً متفرقة في اوقات متعددة ، و يشترط لصحة التقسيط ان تكون الاجزاء معلومة واوقات الاداء معينة تعييناً نافيا للجهالة الفاحشة، واذا اشترط الدائن انه اذا تأخر المدين عن دفع اي قسط في وقته تحل بقية الاقساط اعتبر الشرط ووجب العمل به لانه شرط ملائم للعقد وان لم يشترط ذلك وتأخر المدين فلا تحل .

باعتبار وصفه الى
حال
مؤجل
مقسط

والدين الممتاز هو ما اخذ به رهن وقد مر تفصيله في كتاب الرهن ، والعادي هو ما لا رهن به وحكمه ان الدائنين اسوة في الاستيفاء ، لا رجحان لاحدهم على الآخر .

باعتبار قوته الى
ممتاز
وعادى

ودين الصحة هو ما ثبت في ذمة المدين حال صحته سواء علم سببه بان كان ثمن مبيع مثلا ام لا كما اذا ثبت بالاقرار .

ودين المرض هو ما ثبت في ذمة المدين اثناء مرض موته ، فان علم سببه كأن كان ثمن مبيع او اجرة كان في قوة دين الصحة ، وان لم يعلم سببه بان يثبت باقرار المريض كان اضعف منه فلا يأخذ من استحقه شيئاً الا بعد استيفاء ارباب الديون الصحيحة ، وما في قوتها حقوقهم .

والدين الصحيح هو الذي لا يسقط الا بالاداء او بالابراء ، وهو يشمل جميع الديون ما عدا دين النفقة غير المستدانة اصلا او المستدانة بغير الرضاء او القضاء ، وغير الصحيح هو ما يسقط بغير الاداء والابراء كدين النفقة غير المستدانة او المستدانة من غير ان تفرض رضاء او قضاء ، فانها اذا كانت للزوجة تسقط بالموت او الطلاق ، واذا كانت لغيرها من الاقارب تسقط بزوال الوصف الموجب لها .

والدين الثابت اصالة في الذمة هو ما وجب في ذمة المدين ابتداء ، وهو كل الديون عدا دين الكفالة والحوالة . وما ثبت تبعاً هو دين الكفالة والحوالة فانهما يثبتان بالتبعية لثبوتهما في ذمة المكفول عنه والمحال عليه ، على ما مر في كتاب الكفالة وكتاب الحوالة .

الدين المشترك

هو ما كان سبب ثبوته في ذمة المدين متحداً (م ١٠٩١) كان يكون ثمن مبيع مشترك بيع صفقة واحدة ولم يذكر في العقد نصيب كل واحد ، اما اذا ذكر نصيب كل واحد من الشركاء من الدين او ذكر نوع ما يخصه منه او

وصفه ، لم يكن الدين مشتركا (م ١٠٩٥) و (م ١٠٩٦) ولو وثق بسند واحد ، لان تسمية ما يخص كل واحد من الشركاء تفريق للصفقة بدليل ان للمشتري في هذه الصور ان يقبل في نصيب احد الشركاء و يرد في نصيب الآخر ، وهذا لا ينافي حكم المادة (١٧٩) لان المراد فيها ان مجرد تفصيل ثمن المبيعات في الايجاب لا يعتبر تفريقاً للصفقة لا بتعيين ما يخص كل واحد من الشركاء في المبيع ، فلا تنافي بين المادة (١٧٩) والمادة (١٠٩٥) . ومن امثلة الدين المشترك ان يكون الدين اجرة مال مشترك ، او يكون آيلا للورثة عن مورثهم او قيمة مال مستهلك مشترك او ان يكون منبعثاً من اداء الكفلاء من مال الشركة بامر المكفول عنه او من اقراض الشركاء احداً من دراهمهم المشتركة او من سائر المكيلات او الموزونات او العدديات المتقاربة المشتركة بينهم (م ١٠٩٢ و ١٠٩٣ و ١٠٩٤ و ١٠٩٧) . وكذلك اذا امر احد شخصين ان يؤديا الدين الذي عليه فادياه من مالهما المشترك فان الدين الثابت لهما في ذمة الآمر مشترك لان سببه واحد وهو اشتراكهما في مورد الايفاء (م ١٠٩٨) وكذلك اذا باع اثنان مالهما غير المشترك بصفقة واحدة كان الثمن الذي في ذمة المشتري ديناً مشتركا لهما لان سببه واحد وهو العقد ، فلو كان لواحد سيارة ولآخر دراجة فباعاهما لشخص بمائة دينار صفقة واحدة كان هذا الثمن مشتركا بينهما . ومعرفة ما يخص كل واحد من هذا الثمن تتأتى بقسمته على النسبة بين قيمة السيارة والدراجة فلو كانت قيمة السيارة (١٥٠) ديناراً وقيمة الدراجة (٥٠) ديناراً كان لصاحب السيارة (٧٥) ديناراً من الثمن المسمى ولصاحب الدراجة (٢٥) ديناراً ، لان قيمة الدراجة نسبة الى قيمة

السيارة كنسبة ربع الى ثلاثة ارباع . وحلها بطريق التناسب ان يجعل مجموع القيمتين مقدماً اولا، والثمن المسمى تالياً، ويجعل قيمة ما يراد معرفة ثمنه مقدماً ثانياً وحاصل ضرب الوسطين هو الثمن المراد فاذا اريد معرفة ثمن الدراجة في هذا المثال يكون الوضع على هذه الصورة

٢٠٠ : ١٠٠

٥٠ : س

١٠٠ × ٥٠ : ٢٠٠ = ٢٥

واذا اريد معرفة ما يخص السيارة يكون الوضع على هذه الصورة

٢٠٠ : ١٠٠

١٥٠ : س

١٠٠ × ١٥٠ : ٢٠٠ = ٧٥

اما اذا سمي كل واحد من صاحبي السيارة والدراجة ثمناً معلوماً لماله لا يكون مجموع الثمن ديناً مشتركاً ولو بيع المالان بصفقة واحدة (م ١٠٩٦) .

الدين غير المشترك

هو ما كان سبب ثبوته لشخصين فاكثر في ذمة المدين مختلفاً كأن يكون احد الدينين بدل قرض من شخص والثاني ثمن مبيع من شخص او ان يكون الدين ثمن مبيع مشترك ولكن سمي كل واحد من الشركاء لنصيبه ثمناً حين العقد . وحكمه انه يجوز لكل واحد من الدائنين ان يستوفي دينه على حدته من المدين وما يأخذ يكون له خاصة ولا يشاركه فيه غيره من الدائنين ، الا اذا كان المدين محجوزاً عليه بسبب الدين واعطى من المال الذي تخصص

بالحجز لاداء الديون فانه حينئذ يبطل تصرفه و يسترد المال ممن اخذوه اذا لم يجزه الدائنون (م ١٠٩٩ و١٠٠٢) .

احكام الدين المشترك

١ - لكل واحد من الشركاء الحاضرين ان يطالب بحصته من الدين ولو كان بحصته او بكل الدين رهن او كفيل وان كان بعضهم حاضراً و بعضهم غائباً وللحاضر ان يطالب بحصته وللحاكم ان يجبر المدين على إداء حصته (م ١١٠٠) . فلكل من الشركاء ان يقيم الدعوى بنصيبه على المدين متى شاء ولا يلزم ان يقيم الشركاء جميعهم الدعوى سوية بل هم مخيرون ان شاءوا اقاموا جميعاً دعوى واحدة ، وان شاء كل واحد منهم ان يقيم الدعوى بحصته متى اراد . هل يصلح ان يكون احد الشركاء خصما في الدعوى فيطالب بكل الدين من المدين ؟ ينظر ان كان وكيلا عن بقية الشركاء فبحكم الاصالة عن نفسه والوكالة عن غيره له ذلك ، وكذلك اذا كان سبب الاشتراك في الدين هو الارث فان احد الورثة يصلح ان يكون خصما عن الباقين ، فله ان يطالب بكل الدين الا انه ليس له ان يقبض سوى نصيبه (١٦٤٢) . وان لم يكن وكيلا عن الباقين ولم يكن سبب الاشتراك هو الارث فليس له ذلك على رأي الامام ابي حنيفة لان الشريك اجنبي في نصيب شريكه ولا ولاية له عليه كما انه ليس وكيلا عنه ، وعند الامامين له ذلك لان صلة الاشتراك بكل جزء من المشترك تجعله كالاصل في الكل .

٢ - اذا استوفى احد الشركاء شيئاً من الدين بوجه من الوجوه اي سواء استوفاه من نفس المدين او من كفيله بحصته او من المحال عليه بها (م ١١٠٩)

او من كفيل المدين بكل الدين او المحال عليه به ، وسواء كان المقبوض بقدر حصته او اقل او اكثر (م ١١٠٥) كان بقية الشركاء مخيرين بين ان يشاركوه فيما اخذه بنسبة انصبائهم ، و بين ان يتبعوا المدين في حصصهم و يدعو ما اخذه شريكهم له عن حصته ، فاذا اختاروا اتباع المدين فلا يكون لهم الحق في الرجوع على شريكهم بشيء الا اذا هلكت انصباؤهم بموت المدين مفلساً (م ١١٠١ و ١١٠٥) والعلة في عدم اعتبار المقبوض خاصاً بالشريك القابض هو ان هذا الاعتبار يقتضي قسمة الدين قبل القبض وهو غير جائز لان معنى القسمة وهو التمييز لا يتحقق فيما في الذمة فلا يتصور فيه القسمة ، ولان القسمة فيها معنى التمليك وتمليك الدين لغير من عليه الدين غير جائز لان الدين وصف في الذمة والاوصاف لا تقبل التمليك واذا استهلك الشريك القابض ما قبضه من الدين لا يسقط خيار الشركاء بالرجوع عليه بانصبائهم مما قبضه لانه قد قبض مالا مشتركا بينهم فلهم تضحية ذلك (م ١١٠٢) اما لو هلك في يده فليس لهم اختيار الرجوع عليه بل يعتبر المقبوض الهالك من نصيب القابض (م ١١٠٦) وهو حكم استحساني والقياس يقتضي بثبوت حق اختيارهم الرجوع عليه لانه قبض مالا مشتركا بينهم ، ووجه الاستحسان انهم اذا اجازوا قبضه واختاروا الرجوع عليه لا يستحقون عليه ضمانا لان انصباءهم من المقبوض يعتبر حينئذ امانة بيده والامين لا يضمن بلا تعد فكان الاوفق اعتبار المقبوض من حصة القابض .

٣ ـ اذا تقاص احد الشركاء بحصته مع المدين عن دين لاحق عليه للمدين يعد قابضاً لقسم من الدين المشترك فيجري الحكم المذكور في الفقرة السابقة

اذا تقاص احد الشركاء مع المدين عن دين يعد قابضا لذلك القسم من الدين

فاذا اشترى احد الشركاء بنصيبه مالا من المدين او استأجر منه داراً مثلا كان لشركائه ان يرجعوا عليه بانصبائهم من الثمن بالاجرة لانه لما اشترى المال من المدين وجب في ذمته للمدين ثمن المال ، وهو له في ذمة المدين مثله فصار ما في ذمته قصاصاً بدين فصار كأنه قبض قسماً من الدين (م ١١٠٣) . وكذلك مسألة الاستئجار ولكن ليس للشركاء ان يطلبوا المشاركة في نفس المال المشترى لان المشتري ملك المال بالعقد الذي قام به لنفسه فلا علاقة للشركاء بالمال ولكن علاقتهم بمقدار الثمن من حيث اعتبر ان المشتري قد قبض من الدين بمقدار الثمن لسبب التقاص الآنف الذكر ولكن اذا اتفقوا على ان يكون المبيع مشتركا بينهم فلا مانع من ذلك (م ١١٠٣) . وكذلك اذا اتلف احد الشركاء مالا للمدين وتقاصا بحصته فانه يعد قابضاً من الدين المشترك مقدارما تقاصا به (م ١١١١) وكذلك اذا استأجر احد الشركاء المدين نصيبه من الدين لانه يعد قابضاً من الدين المشترك مقدار اجرة الاجير بسبب التقاص (م ١١٠٧) . وقس على هذه الامثلة ما اذا غصب احد الشركاء مالا من المدين او قبضه منه بشراء فاسد ثم تلف هذا المال بيده او انه باعه لآخر ، ثم تقاص بحصته من الدين مع المدين وكذلك اذا كان المدين امرأة وتزوجها احد الشركاء في الدين بحصته .

ومثل التقاص ما اخذ احد الشركاء في الدين رهناً بحصته فهلك الرهن بيده فما سقط من الدين لسبب هلاك الرهن يعد الشريك المرتهن بحكم القابض له فلشركائه الرجوع عليه بانصبائهم منه (م ١١٠٨) .

اما اذا كان التقاص قد جرى بحصة احد الشركاء مع المدين بسبب دين عليه

للمدين سابق على الدين المشترك ، فلا يعد هذا الشريك قابضاً لشيء من الدين المشترك (م ١١١١) لانه بسبب الدين الذي عليه سابقاً للمدين يكون قد اوفى هذا الدين بحصته من الدين المشترك الذي ثبت في ذمة المدين بعد ذلك ، فهو في هذه الصورة موف لا مستوف .

اذا وهب او ابرأ الشريك المدين فلا رجوع عليه

٤ ـ اذا وهب احد الشركاء حصته من الدين المشترك للمدين او ابرأه منها فهبته او ابراؤه صحيح ولا يرجع الشركاء عليه بشيء لانه لم يقبض شيئاً من الدين لاحقيقة ولا حكماً بل انه اتلف حصته لا غير (م ١١١٠) .

اذا صالح الشريك المدين للشركاء الرجوع عليه او الرجوع على الشريك

٥ ـ اذا صالح احد الشركاء في الدين عن حصته من الدين على شيء فبقية الشركاء مخيرون بين ان يتبعوا المدين في حصصهم ، وبين ان يرجعوا على شريكهم فاذا اختاروا الرجوع عليه كان مخيراً بين ان يشركهم فيما تصالح عليه وبين ان يدفع اليهم انصباءهم من المقدار الذي تصالح عنه ، لأن المصالحة تبنى على حط شيء من المصالح عنه غالباً فاذا اختار الشركاء الرجوع على شريكهم المصالح يكونون قد اجازوا اصلحه فليس لهم ان يرغموه على اداء انصبائهم من بدل الصلح الذي ربما كان المصالح عليه اقل منه قيمة . فيكون الخيار له في الاداء الى شركائه (م ١١٠٤) .

التصرف المضر بحصة الشركاء غير جائز

٦ ـ ليس لاحد الشركاء ان يتصرف في الدين المشترك تصرفاً يضر بشركائه فلا يجوز له ان يؤجل انصباء شركائه في الدين الحال او يبطل اجلها بدون اذن شركائه ولكن يجوز له ان يؤجل نصيب نفسه لان له الولاية على ماله وذهب الامام ابو حنيفة الى أن ليس له ان يؤجل نصيبه ايضاً لان تأجيل النصيب قسمة للدين قبل قبضه وهو غير جائز لعدم تحقق معنى القسمة على

ما مر ذكره قريباً ، والظاهر من اطلاق المادة (١١١٢) قبول رأي ابي حنيفة.

كما ان الدين المشترك اذا وجب بمباشرة احد الشركاء في شركة العنان فان الشريك المباشر له تأجيل الدين كله او بعضه واما غير المباشر فليس له ذلك . ولكن لا يصح تأجيل القرض المشترك لا من المباشر ولا من غيره لان القرض عقد غير لازم فكذا الاجل فيه غير لازم .

القسمة

ينحصر البحث في القسمة بما يأتي :

١ ـ تعريفها	٢ ـ ركنها
٣ ـ شرطها	٤ ـ حكمها
٥ ـ انواعها	٦ ـ كيفية اجرائها
٧ ـ فسخها واقالتها	٨ ـ الخيارات التي تجري فيها
٩ ـ مايدخل في ضمن الحصص بعد القسمة وما لا يدخل	١٠ ـ حقوق الغير في المشترك بعد القسمة .

تعريف القسمة : هي تعيين الحصص الشائعة ، اي افراز الحصص بعضها من بعض بمقياس ما كالذراع والميزان والمكيال فأن حصة الشريك قبل القسمة كانت شائعة ، اي سائرة في كل جزء من اجزاء المقسوم ولكنها بالقسمة تعينت وتخصصت في شيء من المقسوم فتميز عن غيره وذلك بسبب ما تضمنته القسمة من الافراز والمبادلة فكانت حصة كل شريك متعينة في قسم (م ١١١٤) .

هل يعتبر الافراز جزافا ـ كأن يحدد الشركاء قطعاً من الارض المشتركة

ويعينوا كل قطعة او كوم لواحد ؟ الظاهر من الفقرة الاولى من المادة (١١١٤) ان هذا الفعل قسمة لانه قد تعينت به الحصة الشائعة ولكن نظراً للفقرة الثانية المفسرة للاولى ينبغي الا يعتبر قسمة لانها قيدت الافراز ان يكون بمقياس ، اللهم الا ان يقال ان هذا القيد واقعي ، واذا تفقهنا في المسألة نقول ان القسمة بهذه الصورة من الاشياء الربوية غير معتبرة وان رضي الشراء بها واما في غير الربوية فيلزم اعتبارها لتحقق التمايز بين الحصص رضاء ولكن هذا لا يسلب حق فسخ القسمة اذا تحقق الغبن الفاحش .

ركنها هو الفعل الذي حصل به الافراز والتمييز بين الانصباء كالوزن والذرع والكيل والعد فهي امر فعلي لا يكتفى فيها بمجرد القول فاذا اتفق الشركاء في الدار على ان تكون جهتها الشرقية مثلا لواحد والجهة الغربية لواحد لا تتحقق القسمة (م ١١٢٤) وتعتبر الدار انها لم تزل مشتركة ، وكذلك لو حكم القاضي بذلك .

هل للقاضي ان يحكم بمجرد لزوم القسمة ويحيل فعل الافراز الى دائرة التنفيذ (الاجراء) ؟ ليس له ذلك ولا فائدة من هذا الحكم ، لان القسمة من اختصاص القاضي وهي امر فعلي فالبت فيها يقتضى تحقق الفعل فلا تكون القسمة بدون الفعل ولا يتحقق الحكم بها الا بوقوع الافراز .

شروطها

(١) كون المقسوم عيناً لا ديناً

١ ـ كون المقسوم عينا فلا يصح تقسيم الدين قبل قبضه وبعبارة اخرى لا يتصور تحقق فعل القسمة في الديون لان الافراز والمبادلة لا يتصوران فيه لان الدين وصف في ذمة المدين . ويتفرع على هذ ان الورثة لو اتفقوا على توزيع

ديون مورثهم بينهم على ان يختص كل قسم من الدين بواحد لا يعتبر ذلك قسمة صحيحة و يبقى الدين كله مشتركا تطبق عليه الاحكام السالف ذكرها في فصل الدين المشترك . وكذلك لو اقتسموا الدين والعين على ان يكون الدين لواحد والعين لواحد ، او قسم من الدين وقسم من العين ، لواحد ، والقسم الاخر من الدين والعين لواحد لتضمن ذلك قسمة الدين والمبادلة به . اما لو قسمت العين اولا ثم قسمت الديون فالقسمة الثانية باطلة والقسمة الاولى صحيحة لعدم العلاقة بين القسمتين (م ١١٢٣) .

٢ ـ ان يكون المقسوم ملك الشركاء حين القسمة فان لم يكن ملكا بل كان وقفاً لا تصح القسمة ، فلو كان عقار موقوفاً على شخصين فاقتسماه بينهما فالقسمة غير صحيحه . و يتفرع على هذا الشرط ما يأتي :

أ ـ اذا ظهر بعد القسمة مستحق للمقسوم بطلت القسمة . اما لو ظهر شفيع لاحدى الحصص بعد القسمة والافراز مع البائع لا يطرأ على القسمة خلل . مثلا لو باع زيد نصف داره مشاعاً لاحد ثم اقتسم البائع والمشتري الدار وظهر شفيع اخذ النصف المباع بالشفعة فان القسمة تبقى على حالها و يأخذ الشفيع القسم الذي تعين للمشترى بالقسمة .

ب ـ اذا ظهر مستحق لجزء شائع من المقسوم كربعه او ثلثه بطلت القسمة ولزم تقسيم المشترك بين مالكيه بعد الاستحقاق ان رغبوا في القسمة ، لان القسمة لو ابقيت على حالها قبل الاستحقاق يتضرر المستحق من حيث ان حصته التي استحقها تكون متفرقة في الحصص التي اصابت الشركاء وهو ضرر (والضرر يزال) كما انه (لا ضرر ولا ضرار) .

ج ـ اذا ظهر بعد القسمة مستحق لاحدى الحصص بكاملها ، بطلت القسمة وتعود الحصص الاخرى مشتركة بين جميع الشركاء قبل القسمة ،لانه قد تبين من هذا الاستحقاق ان نصيب صاحب الحصة التي استحقت لم يزل مخلوطاً بالحصص الاخرى لانه بالاستحقاق لم يسلم له شيء من الملك المشترك . واذا كانت الحصص الاخرى قد خرجت كلها من ايدي اربابها بان كانوا قد باعوها فانه لا يطرأ على البيع خلل و يعود عليهم من استحقت حصته بنصيبه من الثمن لان البيع كان قد وقع صحيحا فلا موجب لبطلانه . واذا باع احد الشركاء حصته ، فالبيع لا يطرأ عليه خلل وتبطل القسمة وتعود الحصص الباقية مشتركة بين جميع الشركاء و يعودون على الشريك البائع بانصبائهم من ثمن الحصة المباعة .

د ـ اذا ظهر بعد القسمة مستحق لمقدار معين او شائع من حصة احد الشركاء فان القسمة لا تبطل ، لان ما بقي في يده لم يزل مفرزاً لا حق لغيره فيه ، ولكن بما ان ما بقي في يده قد تعيب بالاشترك مع المستحق فله فسخ القسمة لانها تفسخ بخيار العيب على ما سيجيء وله ان يبقي القسمة على حالها و يعود على شركائه بمقدار النقصان . كما هو الحال فيما اذا استحق جزء من المبيع فان المشتري مخير بين ان يفسخ البيع او ان يرجع على البائع بما يصيب الجزء المستحق من الثمن ، وبما ان القسمة تتضمن المبادلة فان التخيير المذكور فى المسألة هو المنطبق على القواعد .

٣ ـ ان تكون القسمة عادلة اي ان تكون الانصباء متساوية ولو بالتعديل بالنقود فاذا كان في احد الانصباء غبن فاحش كان للمغبون طلب فسخ ان تكون القسمة عادلة

القسمة قضـاء ، سواء كانت القسمة الواقعة رضائية او قضائية اما في القضائية لان اعتبار تصرف القاضي مشروط بالعدالة فاذا كان تصرفه غير عادل لزم فسخه ، واما في الرضائية فلان الرضاء كان مبنياً على اعتقاد المعادلة لانه الاصل في القسمة . لكن لو اقر المقسوم له باستيفائه حقه بالقسمة او انه تصرف بحصته بعد اطلاعه على الغبن تصرف الملاك لا تسمع دعواه بطلب الفسخ (م ١١٢٧) لتحقق التناقض في هذه الدعوى والتناقض مانع لسماع الدعوى (م١٦٤٧) غير ان المقسوم لهم الآخرون لو اعترفوا بالغبن الفاحش تسمع دعوى المقر لان التناقض يرتفع بتصديق الخصم (م ١٦٥٣) . وكذلك تسمع دعواه بكذبه في الاقرار السابق وحينئذ يحلف خصومه بعدم كذبهم في الاقرار فان حلفوا ترد الدعوى لتحقق التناقض . وان نكلوا تسمع دعواه بطلب الفسخ بالغبن لارتفاع التناقض بالتصديق الضمني .

وكما تسمع للمقسوم له دعوى الغبن على ما مر تفصيله تسمع منه دعوى الغلط بأن يدعى على شريكه ان القسمة وقعت غلطاً في العدد ، كأن يدعى ان المائة الرءوس من الشياه المشتركة مثلا كان يقتضي ان تكون له منها خمسون ولشريكه خمسون غير ان شريكه أخذ خمساً وخمسين رأساً غلطاً فادعى الآخر انه لم يقع غلط وان التفاوت في العدد نشأ من تفاوت قيم الرءوس ، ففي هذه الدعوى اذا عجزا عن اثبات مدعاهما بالبينة يتحالفان فان حلفا تفسخ القسمة ، كما يفسخ البيع اذا اختلف البائع والمشتري في مقدار المبيع على ما جاء في المادة (١٧٧٨) .

٤ ـ يشترط في قسمة التراضي رضاء جميع الشركاء لانها تتضمن المبادلة وهي لا تعتبر الا برضاء المتبادلين. واما في قسمة القضاء فلا يشترط رضاء الجميع فانها تجري بناء على طلب احـد الشركاء ، لان في قسمة القضاء تلاحظ جهة الافراز.

وبناء على هذا الشرط ان القسمة لا تجري في غيبة احد الشركاء باستثناء المثليات المشتركة فان للحاضر ان يأخذ نصيبه بغيبة شركائه (م ١١١٧) واذا كان في الشركاء قاصر فان وليه أو وصيه يقوم مقامه فلا تجري القسمة بالاراضي بدون رضائه واذا لم يكن له ولي او وصي نصب القاضي عليه وصياً فتجري القسمة برضائه (م ١١٢٨).

٥ ـ يشترط في قسمة القضاء الطلب ، اي طلب احد الشركاء القسمة اذا كان تبعيض المشترك نافعاً لجميع الشركاء ، او طلب من يكون التبعيض نافعاً له من الشركاء ولو كان مقراً بغيره . اما اذا كان التبعيض مضراً بالجميع فلا يسمع الطلب من احد ويكون المال غير قابل للقسمة ، ويبقى مشتركاً بينهم الى ان يتفقوا فيما بينهم على وجه يرتضونه (م ١١٢٩) لان المقصود من القسمة تكميل المنفعة فاذا كانت مضرة بالجميع كانت على خلاف المقصود منها

ولا تجري قسمة القضاء بغيبة بعض الشركاء ويستثنى من ذلك ما اذا توفرت في المال المشترك اربعة شروط :ـ

أ ـ اذا كان سبب الشركة هو الارث ، او الارث والوصية .

ب ـ ان يكون المشترك منقولا ، او عقاراً وقد قامت البينة على موت المورث وعلى عدد الورثة وعلى ثبوت الوصية ان كان الخصم هو الموصى له .

ج ـ ان تقوم الخصومة بين وارثين ووارث وموصى له على الاقل .

د ـ ان يكون المطلوب قسمته بيد الحاضرين البالغين من الشركاء . فاذا توفرت هذه الشروط صحت القسمة القضائية . والا فلا تصح الا اذا نصب القاضي وصياً عن الغائب ليقاسم عنه ولم يكن المال المطلوب قسمته بيد الغائب .

يشترط في قسمة القضاء ان يكون المال قابلاً للقسمة

٦ ـ يشترط في قسمة القضاء ان يكون المال المشترك قابلاً للقسمة ، ومعنى كونه قابلاللقسمة الا تفوت المنفعة المقصودة منه قبل القسمة بالنسبة لجميع الشركاء او بالنسبة لبعضهم (م ١١٣٠ و ١١٣١) مثال الاول ما اذا كانت دار كبيرة مشتركة بين اثنين و يمكن ان تتجزأ الى دارين وكذلك اذا كانت الدار مكونة من دائرتين بحيث يمكن استقلال كل من الدائرتين دارا ، ومثال الثاني ما اذا كانت دار مشتركة بين اثنين لاحدهما تسعة اعشارها وللآخر عشرها وكانت الاعشار التسعة تصلح ان تستقل دارا بعد القسمة ولكن العشر الواحد لا يصلح لذلك .

وهنا مسألة وهي اذا كانت كل حصة من حصص الشركاء لا يمكن ان تنتفع بها المنفعة المقصودة لو قسمت فطلب قسم منهم ان تفرز حصصهم مشاعة عن حصص شركائهم فهل يجابون ؟ وهل يعتبر المال قابلاً للقسمة بالنظر للمعنى الثاني ؟ مثاله ما اذا كانت دار مشتركة بين عشرة اشخاص لكل واحد عشر فطلب خمسة منهم افراز الخمسة الاعشار العائدة لهم من المال على ان تكون مشاعة بينهم وكانت هذه الاعشار الخمسة تصلح لان تبقى داراً بعد الافراز والقسمة . الظاهر من كلام بعض الفقهاء ان يجاب الطالبون في مثل هذه الصورة الى القسمة ، وان المال يعد قابلاً للقسمة بالمعنى الثاني .

ويجب ان نلاحظ ان قانون تقسيم الاموال غير المنقولة قد اعتبر ان القابل للقسمة هو مالا تفوت المنفعة المقصودة منه قبل القسمة بالنسبة لجميع الشركاء فاذا فاتت المنفعة ولو بالنسبة لواحد من الشركاء يعد المال غير قابل للقسمة وهذا التفسير للمال القابل للقسمة قيد تفسير المجلة له . والمال غير القابل للقسمة يزال الشيوع فيه ببيعه وتقسيم ثمنه على الشركاء نظراً للقانون المذكور وهو حكم قد اقرته بعض المذاهب الفقهية ولا تخفى وجاهته وفائدته العظيمة .

حكم القسمة

هو تعين نصيب كل واحد من الشركاء وامتيازه عن نصيب غيره ، فان هذا هو الاثر المترتب على القسمة . و بعد تعين نصيب كل واحد من الشركاء يكون مستقلاً بحصته لا علاقة لواحد في حصة الآخر ، وكل واحد يتصرف في حصته كيفما يشاء (م ١١٦٢) تصرفاً ليس فيه ضرر بين بالغير فاذا كان في تصرفه ضرر بين بالغير فانه يمنع عنه على الرأي الراجح الذي اخذت به المجلة اذ أن في المسألة ثلاثة أراء رأي الامام ابي حنيفة القائل بان الشخص لا يمنع من التصرف في ملكه كيفما كان تصرفه سواء كان مضراً بالغير ام لم يكن ، وهذا القول فيه تطرف شديد لأحترام حقوق الملكية ، ورأى ابي يوسف القائل بان تصرف المالك في ملكه محدود بألا يكون مضراً بالغير وهو قول فيه تقييد شديد لحقوق الملكية ، ورأي المتاخرين القائلين بان للمالك ان يتصرف في ملكه تصرفا لا يضر بالغير ضرراً بينا اي ضرراً فاحشاً .

ان هذا التعين والامتياز بعد الشيوع والاختلاط قد نشأ من ان القسمة تتضمن الافراز والمبادلة فهي من جهة افراز ومن جهة مبادلة ، اما جهة الافراز

فلأن كل جزء من المال المشترك شائع بين الشركاء ، فاذا توزعت الحصص على الشركاء يكون كل واحد قد حصل على قسم مما يخصه وقسم مما يخص غيره من الشركاء وبهذا الاعتبار يكون قد افرز قسماً مما يعود اليه . واما جهة المبادلة فلان كل واحد من الشركاء قد دخل في نصيبه جزء مما يخصه وجزء مما يخص شركاءه وبما ان الأجزاء العائدة لكل واحد والواقعة بيد شريكه بحكم الضرورة متشابهة متساوية اعتبر كل واحد من الشركاء قد بادل شريكه عن جزء مما وقع في يده مما يعود الى شريكه (م ١١١٦) . لكن جهة الافراز في المثليات اظهر لتشابه الاجزاء وتماثلها . وقد تفرع على هذه الاظهرية :

١ ـ ان لكل واحد من الشركاء في المثليات ان يأخذ حصته في غيبة الآخر بدون اذنه ولكن لا تتم القسمة مالم تسلم حصة الغائب اليه فلو تلفت حصة الغائب قبل التسليم تكون الحصة التي قبضها شريكه مشتركة بينهما .

٢ ـ لو كان المثلي مشتركا بين بالغ وصغير جاز للبالغ ان يأخذ نصيبه و يدفع نصيب الصغير الى وليه او وصيه او يدفعه بعد البلوغ وبهذا الدفع الى الولي او الوصي او الصغير بعد البلوغ تكون القسمة نافذة والسبب في جواز المسألتين مع ان القسمة من شروطها حضور الشركاء هو أن الافراز لما كان هو الظاهر في هذه القسمة ، كان الحاضر كأنه قد أستل ملكه عن ملك غيره وهذا لا يتوقف على حضور الغير . بخلاف قسمة القيميات فان جهة المبادلة فيها هي الاظهر لعدم التماثل بين الاجزاء لانها قيمية لا مثلية فكان التبادل والتعاوض بين ما يعود لأحد الشريكين وهو في يد الاخر مع ما يقابله في يد شريكه هو الأظهر . ويتفرع على هذا المعنى ، انه ليس للشريك الحاضر ان

يأخذ نصيبه في غيبة شريكه لان هذا يتضمن المبادلة بدون رضاء المالك كما ان القيمي المشترك بين بالغ وصغير ليس للبالغ اخذ نصيبه بدون رضاء وليه او وصيه او بالقضاء . (م ١١١٧) ، (م ١١١٨) والفرق بين المثلي والقيمي هو ان المثلي ما يوجد في السوق مثله من غير تفاوت يعتد به في القيمة بين اقسامه وافراده كالمكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة كالجوز والبيض والعدديات المصنوعة في معمل واحد على طراز واحد والقيمي ما لا يوجد مثله في السوق ، او يوجد ولكن مع تفاوت يعتد به في القيمة بين افراده ، كالثياب ، والحيوانات ، والعدديات المتفاوتة والمخلوط بغير جنسه من المثليات ، والموزونات التي تتفاوت افرادها بسبب اختلاف الصنعة الطارئة عليها . اما اذا لم تتفاوت افرادها بسبب الصنعة فانها تبقى معتبرة من المثليات كالدراهم المضروبة فأنها موزونات طرأت عليها صنعة الا ان هذه الصنعة لم توجب تفاوتاً بين افرادها ، وكذلك سائر الموزونات المعمولة في مصنع واحد على طراز واحد . والذرعيات من القيميات كالأراضي فأنها تختلف قطعها وتتفاوت في القيمة بل ان القطعة الواحدة تتفاوت اطرافها في ذلك غير أن الذرعيات المصنوعة في معمل واحد على طراز واحد وتباع آحادها في السوق بأثمان متساوية تعتبر من المثليات كالبز ذي علامة (كذا) المصنوع في معمل (كذا) الذي يباع الذراع منه بكذا .

والكتب الخطية قيمية لتفاوت افرادها في القيمة بسبب اختلاف الخطوط فأن الخطاط الواحد تختلف مخطوطاته في القيمة . اما كتب الطبع غير المجلدة بطراز واحد فانها مثلية ، اما اذا اختلف طراز تجليدها فانها تعتبر من القيميات

على ما سبق القياس في اعتبار الشيء مثلياً او قيمياً . (م ١٤٥ و ١٤٦ و ١١٢٩) .

انواع القسمة

قسمة جمع
تفريق

تتنوع القسمة الى : قسمة جمع وقسمة تفريق . وكل واحدة منهما اما قسمة رضاء وهي التي تجري برضاء الشركاء فيما بينهم او برضائهم عند القاضي (م ١١٢١) . او قسمة قضاء وهي التي يجريها القاضي في الملك المشترك جبراً وحكما بطلب بعض الشركاء على ما مر تفصيله (م ١١٢٢) . فالانواع اربعة

قسمة الجمع : هي جمع الحصص الشائعة في اعيان مشتركة ، في قسم منها . فاذا كانت ثلاثون بقرة مثلا مشتركة بين ثلاثة اشخاص وقسمناها بينهم لكل واحد عشرة مثلا نكون قد جمعنا حصص كل واحد الشائعه في الثلاثين في عشرة منها (م ١١١٥) وهي تجري رضاء في الاعيان المشتركة سواء كانت متحدة الجنس او مختلفه الجنس . ولا تجري قضاء الا اذا كانت الاعيان المطلوبة قسمتها متحدة الجنس (م ١١٣٢) . فلا تجري في الاعيان المختلفة الجنس (م ١١٣٥) والمراد من الاعيان المتحدة الجنس ، الاعيان التي ماهيتها واحدة ولا تفاوت بين افرادها كالمثليات اوبين افرادها تفاوت قليل كالقيميات وانما جازت قسمة القضاء في الاعيان المتحدة الجنس لعدم لحوق الضرر بأحد الشركاء فأن المثليات لعدم التفاوت بين افرادها والقيميات لعلة التفاوت بين افرادها ، يكون كل واحد قد حصل بالقسمة على تمام ملكه بلا ضرر .

والمراد من الاعيان المختلفه الجنس : الاعيان المختلفة في الماهية كما لوكانت الاعيان دهناً وسكراً وقهوة ، او المتحدة في الماهية ولكن بينها تفاوت كلي في

القيمة مثل الدور وكبار اللؤلؤ والاواني المختلفه بسبب اختلاف الصنعة والدكاكين والضياع فهذه ونحوها لا يجوز قسمتها قسمة جمع فلو كان مقدار من الحنطة ومقدار من الدهن ومقدار من السكر مشتركا بين ثلاثة لا يجوز قسمتها على ان يكون الدهن لواحد والسكر لواحد، والحنطة لواحد وكذلك لو كانت ثلاث لئالئ كبار مشتركة بين ثلاثة لا يجوز قسمتها بينهم على ان يكون لكل واحد منهم واحدة منها. وعلى هذا فقس (م ١١٣٦ و١١٣٧ و ١١٣٨) وانما لم تجز القسمة بهذه الصورة لان معنى المبادلة هو الظاهر الجلي في قسمة الاعيان المختلفة الجنس والقاضي لا يجبر احد على بيع ماله اذا لم يكن البيع لدين عليه.

قسمة الافراز:

هي تعيين الحصة الشائعة في العين الواحدة المشتركة، في جزء منها. مثلا لو كانت دار مشتركة بين شخصين وقسمناها بينهما نكون قد فرقنا حصة كل واحد من الدار في جزء منها (م١١١٥) وهي تجري رضاء سواء كان تبعيض العين المشتركة غير مضر باحد الشركاء او كان مضراً بهم او نافعاً لبعض مضراً ببعض ولا تجري قضاء الا اذا كان تبعيض العين نافعاً لجميع الشركاء اونافعاً لبعضهم فقط اما اذا كان التبعيض مضراً بالجميع فلا تجري القسمة كما لو كان المشترك حيوانا او لؤلؤة او كتاباً اوحماماً صغيراً او دكاناً صغيراً اونحوذلك وبناء على ذلك يبقى الاشتراك ولا طريق لزواله، ولكن قد علمنا مما سبق ان قانون تقسيم الاموال غير المنقولة قد عالج هذه القضية بازالة الشيوع بالبيع كما انه لم يجوز تقسيم العين اذا كان بعض الشركاء يتضرر بالقسمة بل اعتبر ازالة الشيوع فيها بالبيع ايضاً. وقد جرت المجلة على ذلك في قسمة الطريق المشترك والمسيل المشترك (م ١١٤٣،

م ١١٤٤) ، غير ان احكام هذا القانون خاصة بالاعيان غير المنقولة وبقي الاشكال في الاعيان المنقولة فالاجدر ان تضاف الى المجلة مادة ترفع هذا الاشكال بازالة الشيوع بالبيع ، وهو قول لبعض الأئمة المجتهدين .

كيفية القسمة

تختلف كيفية القسمة باختلاف المقسوم واليك البيان :

اذا كان المشترك من الموزونات فينقسم بالوزن وان كان من العدديات المتقاربة فبالعد وان كان من المكيلات فبالكيل وان كان غير هؤلاء فيتعذر وبناء على ذلك اذا اريد تقسيم عرصة عليها بناء او اشجار فتقسم العرصة بالذرع لانها من الذرعيات وينظر في قسمة البناء او الاشجار الى قيمتها ، فاذا كانت أبنية احدى الحصتين او اشجارها اغلى قيمة من ابنية الحصة الاخرى او اشجارها فتعديل القسمة بين الحصتين يكون باضافة ما يعادل الزيادة المذكورة من عرصة الحصة ذات الابنية او الاشجار الزائدة القيمة الى الحصة الاخرى ، واذا لم يمكن ذلك فيجري التعديل باضافة نقود تعادل الزيادة المذكورة الى ذي الحصة الناقصة يدفعها من تكون الحصة ذات الابنية الزائدة من نصيبه ، واذا امكن التعديل باضافة شيء من العرصة مع شيء من النقود فيعمل ذلك ولا يصار الى التعديل بمحض النقود الا اذا لم يمكن التعديل باضافة شيء من العرصة لان الاشتراك المطلوب ازالته بالقسمة انما هو في العين فلا يعدل الى عرضها وهو القيمة الا عند الضرورة (م ١١٤٨ ، م ١١٤٩) .

ويجوز ان تقسم الدار ذات الطابقين مثلا الى قسمين على ان يكون الفوقاني لواحد والتحتاني لواحد ان امكن ذلك وحينئذ ينظر في تعديل القسمة الى

الى تقويم الفوقاني وتقويم التحتاني فان كانت القيمتان متساويتين تقسم الدار على الوجه المذكور بذراع وان اختلفت القيمتان بان كانت قيمة احد الطابقين ضعف قيمة الآخر مثلا يعطي لذي القيمة الناقصة ضعف ما يعطي لذي القيمة الزائدة واذا لم يمكن التعديل بهذا الوجه فلا تجوز هذه الصورة من التقسيم (م ١١٥٠) واذا طلب احد الشريكين قسمة الجدار المشترك فهل يجاب الى ذلك ؟ وكيف تتصور قسمته ؟ لا يخلو الجدار من ان يكون عامراً او متهدما اومائلاً للانهدام فان كان عامراً فلا يجاز طلب قسمته مطلقاً لان تقسيمه يستلزم هدمه وهو ضرر بالشريك الثاني والضرر لا يزال بمثله ، وان كان متهدماً او مائلا للانهدام فان كان قابلا للقسمة اي يمكن قسمته الى قسمين بحيث يستطيع ان ينشيء كل واحد منهما جداراً مستقلا ، يجاب طلب القسمة والا فلا يجاب اما كيفية قسمته فلها صورتان :

١ ـ اذا كانت ارض الجدار واسعة بحيث يمكن افرازها الى قسمين عرضاً على طول الجدار ويمكن ان ينشيء كل واحد من الشريكين جداراً في القسم الواقع على جهته ، فانه يمكن ان يقسم على هذا الوجه و يعطى كل واحد القسم المتصل بداره .

٢ ـ ان يقسم الجدار طولا الى قسمين متعادلين و يعطى كل واحد قسماً منه يكون مستقلا به .

ولاجل ان تكون القسمة عادلة سهلة الاجراء يجدر بالقاسم اذا اراد تقسيم عقار الى الحصص المراد الحصول عليها ان يصوره في باديء الامر على ورقة مثلا ، وان يمسح العرصة ذرعاً ، وان يقوم الابنية او الاشجار التي على العرصة

وان يعدل الحصص ، والا يجعل لبعض الحصص علاقة بغيرها من الحصص قدر الامكان بان يقرر لكل حصة حق طريقها. وشربها ومسيلها واذا لم يمكن ذلك فلا مانع من ان يكون حق طريق بعض الحصص او شربها او مسيلها في غيرها من الحصص ، وان يلقب الحصص المقررة كان يلقبها بالاولى والثانية والثالثة وهكذا . و بعد ذلك تسحب القرعة بان تكتب اسماء الشركاء في اوراق صغيرة كل اسم في ورقة وتلف الاوراق وتوضع في كيس مثلا ثم تسحب من الكيس ورقة بعد اخرى فالشريك الذي يظهر اسمه اولا تكون له الحصة الاولى والذي يظهر اسمه ثانياً تكون له الحصة الثانية وهكذا ، هذا اذا كانت الحصص بعدد الرؤوس كأن يكون العقار مشتركا مثالثة بين ثلاثة اشخاص اما اذا لم يكن الامر كذلك فان من يخرج اسمه اولا ممن له اكثر من حصة فأنه يأخذ الحصة الاولى وما يجاورها من الحصص بقدر سهامه حتى يستوفي حقه ومن يخرج اسمه ثانياً يأخذ ما جاور الحصص التي اصابت الاول وهكذا مثلا اذا كانت عرصة مشتركة بين ثلاثة لواحد ثلث ولواحد سدس ولواحد نصف فان العرصة تفرز الى ست حصص فاذا خرج عند القرعة اسم صاحب الثلث تكون له الحصة الاولى وما جاورها وهي الثانية ثم اذا خرج بعده اسم صاحب النصف تكون له الحصة الثالثة وما جاورها وهي الرابعة والخامسة وتبقى الحصة السادسة لصاحب السدس . واذا كان قد خرج اسم صاحب السدس بعد اسم صاحب الثلث تكون له الحصة المجاورة لحصص صاحب الثلث وهي الحصة الثالثة و يكون الباقي وهو الرابعة والخامسة والسادسة لصاحب النصف وبهذه الصورة من التقسيم يستوفى كل واحد حقه كاملا بلا ضرر .

واذا كان المشترك حيوانات مثلا فعلى القاسم ان يضبط عددها ومقـدار سهام كل واحد ثم يقوم الاعداد ويوزعها حسب التقويم على الحصص المراد الحصول عليها ثم تجري القرعة (م ١١٥١) . وان اجراء القرعة ليس بأمر وجوبي بل امر مستحسن لتطييب القلوب ، والا فان للقاضي ان يعين حصة كل واحد من الشركاء بعد القسمة بمحض ارادته لان الاقسام كلها متساوية متعادلة . واذا سحب اسماء الشركاء كلهم او اسحبت الاسماء ولم يبق سوى واحد فان القسمة تكون قد تمت (م ١١٥٦) وكذلك تتم القسمة بتوزيع الحاكم الحصص على الشركاء بالزام كل واحد بحصة معينة بعد تسوية الحصص تسوية عادلة وكذلك تتم اذا وكل الشركاء كلهم شخصاً على تقسيم المشترك فقسمه والزم كل واحد بحصة معينة وكذلك تتم بقبض كل شريك حصته فلو قسم المشترك الى الحصص المتعـادلة ثم قبض كل شريك حصتـه منها تمت القسمة . واذا تمت القسمة لا يسوغ الرجوع لاحد (م ١١٥٧) .

وقد علم مما سبق انه يعتبر عنـد القسمة مقدار السهام لا عدد الرؤوس . ولـكن هناك امور تجري فيها القسمة حسب الرؤوس وهي :

١ ـ الضرائب الاميرية التي تطرح لاجل محافظة النفوس فانها توزع على عدد الرؤوس باستثناء النساء والصبيان ومن امثلة ذلك القسامة الشرعية اما اذا كانت لمحافظة الاملاك فانها توزع حسب مقدار الاملاك ، لان الغرم بالغنم (م ١١٥٢) .

٢ ـ الساحات المشتركة بين البيوت فانها تقسم على عدد البيوت من دون تفاوت بين صغيرها وكبيرها .

٣ ـ الطريق الخاص المبحوث عنه في المادة (١١٤٣) فانه يقسم على الدور بلا تفاوت بين صغيرها وكبيرها .

٤ ـ اجرة القسام فان اجرته تستوفى من الشركاء موزعة على عدد رؤوسهم ويشترط في القسام ان يكون اميناً عادلا عالماً بالقسمة لان القسمة من جنس عمل القضاء وفي القضاء يشترط العلم والعدالة .

فسخ القسمة واقالتها

تفسخ القسمة باحد امور:

١ ـ اذا كان المقسوم من القيميات يجوز للشركاء فسخ القسمة واقالتها باتفاقهم سواء كانت القسمة رضائية ام قضائية لان معنى المبادلة في قسمة القيميات هو الغالب فجاز فيها الاقالة كما جازت في البيع .

اما اذا كان المقسوم من المثليات فبما ان معنى الافراز فيها هو الغالب فلا تنفسخ القسمة ولا تعود الشركة بمجرد تراض الشركاء على ذلك . نعم اذا خلطوا حصصهم التي كانوا قد توزعوها فيما بينهم فانه تتجدد لديهم شركة جديدة في المال المتكون بعد الخلط (م ١١٥٩) .

٢ ـ اذا تبين الغبن الفاحش في القسمة تفسخ وتكرر فيقسم المال مجدداً قسمة عادلة (م ١١٦٠) . ويثبت الغبن الفاحش بالبينة وباقرار الشركاء وبنكولهم عن اليمين فاذا قامت البينة واقروا او نكلوا تفسخ القسمة في جميع الحصص وتعاد مجدداً اما اذا لم تقم البينة ولكن اقر بعضهم وانكر البعض وحلف المنكرون اليمين فان حصص المنكرين الحالفين تبقى على حالها وتفسخ القسمة في حصص المقرين فتجمع حصصهم مع حصة مدعي الغبن وتقسم

عليهم مجدداً قسمة عادله ، وكذلك الامر اذا انكر الشركاء وحلف بعضهم ونكل البعض فان حصص الحالفين تبقى على حالها وتجمع حصص الناكلين مع حصة مدعي الغبن وتقسم بينهم قسمة عادلة .

٣ ـ اذا كان الاشتراك في المقسوم قد نشأ من الارث وظهر دين على الميت بعد القسمة (م ١١٦١) اوظهر موصى له بشيء من التركة ، او ظهر وارث آخر ، فان القسمة تفسخ . لكن اذا ادى الورثة الدين فان القسمة تبقى على حالتها . اما في صورة ظهور الموصى له بشيء فينظر فان كانت الوصية بدراهم مثلا مرسلة كالف درهم وادى الورثة المقدار الموصى به فلا تفسخ القسمة وان كانت الوصية بجزء شائع من التركة كثلثها او ربعها فانها تفسخ بظهور شريك جديد معهم وكذلك الامر اذا ظهر وارث آخر فان القسمة تفسخ لظهور شريك جديد .

الخيارات التي تجري في القسمة

الخيارات التي تجري في القسمة ستة وهي : خيار الشرط ، خيار الرؤية ، خيار أجازة الفضولي ، خيار العيب ، خيار الاستحقاق ، خيار الغبن الفاحش .

اما الثلاثة الاول فتجري في قسمة الرضاء فقط ولا تجري في قسمة القضاء لان قسمة القضاء قسمة جبرية فلا يتصور فيها خيار الشرط او خيار الرؤية ولا دخل للفضولي فيها فلا يتصور فيها خيار إجازة الفضولي واما الخيارات الثلاثة الاخرى فانها تجري في قسمة القضاء كما تجري في قسمة الرضاء. وقد مر الكلام على تعريف هذه الخيارات في كتاب البيوع ، والمهم هنا بيان كيفية جريانها في القسمة : فنقول اذا كان المشترك اعياناً مختلفة الجنس او قيميات متحدة

الجنس واقتسمها الشركاء بينهم رضاء قسمة جمع فانه يجري في هذه القسمة خيار الشرط وخيار الرؤية وخيار العيب وخيار الاستحقاق وخيار الغبن الفاحش فيحق لمن له الخيار ان يفسخ القسمة حسب الحدود المبينة لاحكام هذه الخيارات في كتاب البيع ، والامثلة على ذلك واضحة لا حاجة الى سردها (م ١١٥٣ و ١١٥٤) اما اذا كان المشترك من المثليات المتحدة الجنس فلا يجري في قسمتها سوى خيار العيب وخيار الاستحقاق وخيار الغبن الفاحش سواء كانت القسمة فيها رضائية ام قضائية ، اما القضائيه فظاهر لان خيار الشرط وخيار الرؤية لا تجري فيها ، واما الرضائية فبما ان جهة الافراز هي الظاهرة في قسمة المثليات وخيار الشرط والرؤية انما يكونان في المبادلة فلا يجريان في قسمتها ولو كانت رضائية (م ١١٥٤) . واما خيار العيب وخيار الاستحقاق وخيار الغبن الفاحش ، فانها تجري في قسمة المثليات سواء كانت رضائية او قضائية لان العيب والاستحقاق والغبن الفاحش مخلة بالعداله التي هي شرط اساسي لصحة القسمة .

ما يدخل ضمن الحصص بعد القسمة وما لا يدخل :

يدخل في الحصة المفرزة ما يأتي من دون حاجة الى ادخالها بالتنصيص عليها عند القسمة او بالتعبير العام كقولهم (بجميع مرافقها او بجميع حقوقها :

١ ـ الاشجار والابنية في قسمة الضيعة والاشجار في قسمة الاراضي والابنية في قسمة الدار ، ففي اي حصة وجدت الاشجار والابنية تكون لصاحب الحصة (م ١١٦٣) لاتصالها بالارض اتصال قرار فهي كجزء منها ، كما هو الحال في

البيع ويتفرع على هذا ان الشركاء اذا اقتسموا ارضاً مثلا ودخلت الاشجار في حصة احدهم لا تسمع دعوى غيره من الشركاء ان الاشجار ملكه لانه كان هو الغارس لها ، لان هذه الاشجار دخلت في القسمة تبعاً للارض ، ولا تسمع الدعوى بغبن المقسوم بعد القسمة، ولكن لو كان بناء او اشجار مشتركة بين شخصين مثلا فاقتسما الاشجار او الابنية فانه تسمع دعوى احد الشريكين بالارض التي عليها الاشجار والابنية التي كانت من حصة صاحبه لان الارض لا تتبع الاشجار في القسمة ومن الجائز ان تكون الارض جميعها لاحدهما وان تكون مجرد الاشجار التي اقتسموها مشتركة بينهما .

٢- حق الطريق وحق المسيل اللذين كانا للمشترك في ارض الغير اذا وقعا في القسمة عند احدى الحصص فانهما يدخلان فيها تبعاً . مثلا اذا كانت الدار ذات دائرتين وقسمت على ان يكون لكل واحد من الشريكين دائرة وكان طريق احدى الدائرتين من الطريق العام وطريق الدائرة الثانية من عرصة مجاورة لها فحق الطريق الذي على هذه العرصة يكون لمن وقعت هذه الدائرة من نصيبه ، ولا يبقى مشتركاً بناء على انه كان مشتركاً للدار قبل القسمة لانها بحكم المتصل بها اتصال قرار فهي كجزء منها (م ١١٦٥) كما هو الحال كذلك في البيع .

واذا كان لاحد الحصتين قبل القسمة طريق او مسيل في الحصة الاخرى ولم يشترط بقاؤه حين القسمة فان كان قابل التحويل الى طرف آخر يحول ، لان الغرض من القسمة اختصاص كل واحد من الشركاء بنصيبه من غير تعلق بنصيب الاخر قدر الامكان ، فاذا امكن تحويله لزم ان يحول تحقيقاً

لغرض القسمة سواء قيل عند القسمة بجميع حقوقها او لم يقل . اما اذا كان الطريق او المسيل غير قابل التحويل الى طرف آخر ولم يشترط عند القسمة بقاؤه فينظران قيل حين القسمة بجميع حقوقها فانه يبقى على حاله لان هذا التعبير او ما في معناه عند القسمة بحكم الشرط ببقائه ، وان لم يقل هذا التعبير او ما في معناه عند القسمة ولم يعلم عند القسمة ان ليس لهذه الحصة غير هذا الطريق فتفسخ القسمة لاختلالها (م ١١٦٧) من حيث ان هذه الحصة بقيت بلا طريق اما اذا كانت وقت القسمة قد علم كون هذه الحصة لا طريق لها الا من الحصة الاخرى فان القسمة تبقى صحيحة لان الاقدام على القسمة مع هذا العلم دليل على اشتراط بقاء الطريق ضمناً واشتراط ذلك صراحة معتبر فكذلك الاشتراط ضمناً .

ولا يدخل الزرع والفاكهة في تقسيم الاراضي والضياع الا اذا صرح بدخولها عند القسمة فان لم يصرح بذلك يبقيان مشتركين كما كانا سواء ذكر التعبير العام عند القسمة كقولهم بجميع حقوقها او لم يذكر لان اتصال الزرع بالارض واتصال الفواكه بالاشجار اتصال موقت فلم يكونا كجزء من الحصة المفرزة (م ١١٦٤) .

حقوق الغير في المشترك

قد يكون للاجنبي حق الطريق او المسيل لداره في الملك المراد قسمته فهل لهذا الحق تأثير على القسمة ؟ وهل يبقى هذا الحق محفوظاً بعد القسمة ؟ ان صاحب حق الطريق مثلا ليس له اي تأثير على القسمة المطلوبة فليس له ان يمانع بل يقسم الملك المشترك باتفاق الشركاء او يطلب احدهم ذلك من

القضاء على ما مر ولكن ليس معنى هذا ان حق طريقه يضيع بل على الشركاء ان يتركوا عند القسمة الطريق على حاله ان كان معلوم المقدار ، وان لم يكن معلوم المقدار يتركون له مقدار عرض باب الدار . وكذلك الحكم في المسيل (م ١١٦٨ و ١١٦٩) واذا اراد الشركاء مع صاحب حق الطريق او المسيل بيع رقبة الطريق او المسيل فان كانت هذه الرقبة مشتركة بين الثلاثة فان ثمنها يقسم بينهم مثالثة لكل ثلث ، وان كانت الرقبة ملك الشركاء وحدهم . وصاحب حق الطريق لا يملك الا هذا الحق فالشركاء يأخذون ما يصيب الرقبة من الثمن وصاحب حق المرور يأخذ ما يصيب حق مروره من الثمن ، وطريقة معرفة ما يصيب كلا من الطرفين ان يقوم الطريق خالياً من حق المرور ثم يقوم مع حق المرور فيه ، فاذا كانت قيمة الرقبة خالية من حق المرور مساوية للثمن المسمى ، وقيمتها مع حق المرور اقل فمقدار الفرق من جهة النقص يكون لصاحب حق المرور ، فلو فرضنا ان هذا الطريق بيع بمائة درهم وكانت قيمة الرقبه خالية من حق المرور مائة ايضاً ، وقيمتها مع حق المرور خمسة وسبعين فان الفرق وهو خمسة وعشرون يكون لصاحب حق المرور . واذا كان كل من قيمة رقبة الطريق خالية من حق المرور وقيمتها مع حق المرور اقل من الثمن المسمى فيأخذ صاحب حق المرور من الثمن المسمى بمقدار نسبة الفرق بين القيمتين ، فلو بيع الطريق بمائة وكانت قيمة الرقبة خالية ثمانين وقسمتها مع حق المرور ستين فالفرق بين القيمتين عشرون وهي ربع الثمانين ، فيأخذ صاحب المرور ربع الثمن المسمى وهو خمسة وعشرون فالمقارنة بين القيمتين هي المقياس

لاستخراج ما يصيب كل واحد من الطرف من الثمن المسمى . واذا دققنا المسألة نجد ان في بعض تصاويرها غرابة في باديء الامر وذلك ان قيمة العرصة مع حق المرور فيها اقل دائماً من قيمتها خالية منه ، فاخذ صاحب حق المرور شيئاً من الثمن المسمى اذا كان مساوياً لقيمتها خالية ، فيه شيء من الغرابة وكذلك اذا كان اقل من قيمتها وهي خالية من المرور من باب اولى ، ولكن لا غرابة في الامر بعد التفكير فيه والنظر الى المسأله من وجه آخر واعتبار آخر وذلك ان حق المرور في ذاته ذو قيمة ورقبة الطريق في نفسها ذات قيمة ، وان الثمن المسمى جاء بدلا عن الشيئين القيميين فلابد من ان يكون لكل منهما نصيب منه فكل من قيمة رقبة الطريق وقيمة حق المرور كالسهام في رأس مال الشركة والثمن المسمى كصافي اموال الشركة بعد فسخها وتصفيتها فكما ان كل واحد من اصحاب السهام في رأس مال الشركة له نصيب من المبلغ الصافي بنسبة سهامه الى مجموع مبلغ السهام ، فكذلك الامر هنا والطريقة الحسابية لاستخراج ما يخص كل طرف من مالكي الرقبة ومالك حق المرور بالنظر الى هذا الاعتبار هي كالطريقة الحسابية في استخراج ما يخص كل واحد من ارباب السهام من المبلغ الصافي لاموال الشركة . فلو فرضنا ان قيمة رقبة الطريق (٨٠) ديناراً وقيمة حق المرور (٤٠) ديناراً وقد بيع الطريق مع حق المرور بستين دينار تكون العملية الحسابية لاستخراج حصة الرقبة من هذا الثمن المسمى على الوجه الآتي :

$$٨٠ \times ٦٠ \div ١٢٠ = ٤٠$$

ولاستخراج حصة حق المرور على الوجه الآتي :

٤٠ × ٦٠ ÷ ١٢٠ = ٢٠

وتعرف كل من قيمة الرقبة وقيمة حق المرور بتقدير اهل الخبرة وهذا الاعتبار في المسألة اقرب ادراكاً واسهل استخراجاً لحصة كل واحد من الطرفين .

ونختم بحث القسمة باحكام امور قد تظهر بعد القسمة منها :

١ ـ اذا قسمت دار بين اثنين وكان بين الحصتين جدار وقع عند القسمة في احد الحصتين ولكن عليه رءوس جذوع صاحب الحصة الاخرى فان شرط وقت القسمة ان ترفع هذه الجذوع عن الجدار الذي اصبح بعد القسمة ملكاً مستقلا للآخر ، فانها ترفع وان لم يشرط ذلك لا يحق لمن ملك هذا الجدار رفعها ، لان صاحب الجذوع قد ملك الحصة مستقلة له على هذا الوضع فكان ابقاء الجذوع على ذلك الجدار من حقه ، حتى ان الجذوع لو سقطت كان له حق اعادة وضعها ، كما له تبديلها بغيرها ، وكذلك الحكم لو كان سلم احدى الحصتين مرتكزاً على جدار دخل عند القسمة في الحصة الاخرى ، وكذلك الحكم لو قسمة الدار على ان يكون فوقانيها لواحد وتحتانيها لواحد ، وكان للفوقاني شباك يشرف على التحتاني فان شرط وقت القسمة قطع هذا الشباك عمل بالشرط والا يبقى الشباك على حاله ، وعلى صاحب التحتاني دفع ضرر الاشراف ان اراد ذلك (م ١١٧٠) . وكذلك اذا كانت اغصان الاشجار الواقعة في قسم مدلاة على القسم الآخر فان لم يكن قد شرط قطعها لا تقطع ، لان من وقعت هذه الاشجار في حصته قد استحقها على الوضع المذكور ، فلا حق للآخر في تغييره (م ١١٧١) .

٢ ـ اذا قسمت دار مشتركة لها حق المرور في طريق خاص فلكل واحد من ارباب الحصص ان يفتح له باباً وشبابيك على الطريق وليس لسائر الشركاء في الطريق حق الاعتراض عليه لان فتح صاحب الحصة الباب والشبابيك ما هو الا تصرف في جداره وخالص حقه تصرفاً غير مضر ومن جهة اخرى انه مالك لحق المرور ولا يتأتى المرور الا من باب . ومن جهة اخرى ان المفتي به ان من له حق المرور في طريق خاص يجوز له ان يفتح ابواباً جديدة لداره سواء كان الفتح في اسفل الباب الاصلية ، او فوقها لان هذا الفتح ليس بتصرف في نفس الطريق بل في الجدار الذي يملكه مستقلا . فاذا قسمت تلك الدار بعد ان صارت مشتركة فمن باب اولى ان يجوز لكل صاحب حصة ان يفتح له باباً ، وكذلك الامر في الشبابيك فانه ليس في فتحها تصرف بالطريق الخاص بل تصرف في نفس الجدار (م ١١٧٢) .

٣ ـ من المعلوم ان ليس لاحد الشركاء ان يبني في الارض المشتركة او ان يغرس فيها اشجاراً بلا اذن من شركائه فاذا فعل كان لكل واحد من الشركاء ان يطلب قلع البناء والغرس . اما اذا كان البناء او الغرس باذن الشركاء فان كان الشريك قد بنى او غرس للشركة ، كان البناء او الغرس مشتركاً ورجع الباني على شركائه بما صرف بنسبة حصصهم ، وان كان قد بنى لنفسه على ان يدفع لشركائه اجرة معلومة فعند انتهاء المدة المأجورة تجري احكام المادة (٥٣١) . وان كان الأذن بدون اتفاق على اجرة كانت المسألة من باب الاعارة ويطبق حكم المادة (٨٣١) ولكن لو بنى او غرس لنفسه بدون اذن من شركائه ولم يطلب احد من الشركاء رفع البناء ، بل طلب احدهم القسمة (ولو

كان الطالب نفس الباني) فان كانت الارض قابلة للقسمة فانها تقسم فان اصاب البناء او الغرس حصة الباني او الغارس فيها وان اصاب حصة الآخر فلهذا ان يكلف الباني او الغارس بقلع البناء او الغرس واذا ترتب على القلع نقص في قيمة العرصة ضمن صاحب البناء او الغرس النقص ، كما ان لمن وقعت الارض في حصته ان يتملك البناء او الغرس في هذه الصورة مستحقاً للقلع .

واذا وقع قسم من البناء او الغرس في نصيب الباني او الغارس ، او القسم الآخر وقع في نصيب غيره يجري الحكم الآنف الذكر في هذا القسم (م ١١٧٣) .

المهايئة

ينحصر البحث في المهايئة بالمواضيع الآتية :

١ ـ تعريفها

٢ ـ انواعها

٣ ـ صفتها

٤ ـ محلها

٥ ـ ما تجري فيه المهايئة .

تعريف المهايئة : هي على القول الراجح قسمة المنافع بين الشركاء (م ١١٧٤) . وقد ذهب البعض الى انها اجارة المنافع بين الشركاء، وهو رأي غير سديد لانها لو نظر اليها بهذا الاعتبار للزم فيهامبادلة المنفعة بجنسها قصداً

وهو غير جائز في الاجارة . على ما عرف في كتاب الاجارة . وذهب البعض الى انها من باب الاعارة فكأن الشركاء قد اعار بعضهم نصيب بعض للانتفاع به . وهو قول ضعيف لوجهين .

الاول : ان الاعارة تكون بلا عوض وهنا لم يسمح احد الشركاء للآخر بالانتفاع من المشترك اوبجزء منه الا على ان ينتفع هو ايضاً بالمشترك او بجزء منه فكان معنى التعاوض متحققاً .

الثاني : ان الاعارة يجوز الرجوع عنها في اي وقت شاء المعير مع ان المهايئة لا يصح الرجوع عنها بعد تمامها ، نعم اذا طلب احد الشركاء قسمة المشترك فان طلبه يجاب وعند القسمة تزول المهايئة بطبيعة الحال لزوال محلها وهو الملك المشترك اذ لا اشتراك بعد القسمة . فالمقصود من المهايئة اذاً هو قسمة المنافع .

فالشركاء في منفعة العين لهم ان يتهايئوهـا سواء كانوا مالكين للعين والمنفعة او مالكين للمنفعة فقط مثال الاول دار مملوكة لشخصين فانها تجري المهايئة فيها . وهي مملوكة ذاتاً ومنفعة . ومثال الثاني الاراضي الاميرية فأنه تجري فيها المهايئة بين الشركاء في التصرف فيها مع انهم لا يملكون سوى منفعتها ، وكذلك الدار الموقوفة سكناها على عدة اشخاص فان لهم اجراء المهايئة فيها وهم لا يملكون سوى السكنى فيها ، وكذلك الامر اذا استاجر

عدة اشخاص عيناً فان لهم ان يتهايئوها مع انهم لا يملكون سوى منفعتها والتهايؤ في الصور المذكورة كما يجري رضاء يجري قضاء .

انواع المهايئة : هي نوعان مكانية وزمانية وكل منهما اما رضائية واما قضايئة وكل منهما اما مهايئة استغلال واما مهايئة انتفاع . فالمكانية وهي ان ينتفع كل واحد بقسم من المشترك ، وهي اعدل من الزمانية لان انتفاع الشركاء المتهايئين في زمن واحد . كأن يتهايأ الشريكان في ارض على ان يزرع احدهما نصفها والاخر نصفها الآخر ، وكأن يتهايأ الشريكان في دار على ان يسكن احدهما في القسم الفوقاني والآخر في القسم التحتاني . واما الزمانية فهي ان ينتفع احد الشركاء في جميع المشترك مدة ثم ينتفع به الشريك الاخر بقدر تلك المدة (م ١١٧٦) . وهي اكمل من المكانية لان كل واحد من الشركاء ينتفع فيها بكل المشترك . واذا اختلف الشركاء في ترجيح احد النوعين فالترجيح يعود الى القاضي ، والاولى ان يرجح الزمانية لانها اكمل مع توفر العدالة فيها . واذا اختلف الشركاء في مقدار المدة للتهايؤ يرجح القاضي قول من يطلب اقل المدتين لان في هذا الطلب اسراع الى وصول الحق لكن هذا الترجيح مقيد فيما اذا لم يكن في ذلك ضرر باحد الطرفين فلو كان فيه ضرر باحدهما يرجح قول من يطلب اطول المدتين ، مثلا لو طلب احد الشركاء المهايئة في دار وحانوت على ان تكون المدة سنة وطلب الآخر ان تكون اسبوعاً يرجح ان تكون سنة لان في جعلها اسبوعاً اضراراً بالطرفين لاضطرار كل منهما الى نقل اثاثه كل اسبوع ، وهو يؤدي الى ضرر لا داعي

له . وكذلك لو طلب احدهما المهايئة في الارض على ان تكون المدة شهراً مثلا وطلب الثاني ان تكون سنة يرجح طلب الثاني لان الشهر لا يكفي للاستفادة من زراعة الارض بخلاف ما اذا طلب احدهما المهايئة في السيارة المشتركة على ان تكون المدة يوما وطلب الثاني ان تكون اسبوعا فانه يرجح طلب الاول لانه اسرع الى وصول الشخص الى حقه .

لابد في المهايئة الزمانية من تعيين المدة ليعرف وقت انتفاع كل واحد من الشركاء ، ولان المهايئة الزمانية لتضمنها المبادلة شبيهة بالاجارة فكان تعيين المدة لازماً فيها (م ١١٧٨) . اما المكانية فلا يلزم فيها ذلك لانها نوع افراز من حيث انها تجمع منفعة احدهما في قسم من المشترك ومنفعة الآخر في قسم (م ١١٧٩) .

والمهايئة القضائية هي التي يحكم بها القاضي بناء على طلب احد الشركاء (م ١١٨٣) . هذا اذا لم يطلب الاخر القسمة فان طلب الاخر القسمة فلا يحكم القاضي بالمهايئة بل بالقسمة الا اذا كان المشترك غير قابل للقسمة فيحكم بالمهايئة ايضاً (م ١١٨٢) . فالقسمة مرجحة على المهايئة لان القسمة انفع للشركاء من حيث ان كل واحد منهم يستقل بحصته ذاتاً ومنفعة ولا يبقى بينهم اثر للاشتراك بخلاف المهايئة فان الاستغلال في المنفعة فقط . و بناء على ذلك اذا طلب احد الشركاء القسمة بعد الحكم بالمهايئة او بعد استمرارها مدة فان طلبه يجاب و يقسم المشترك وتنفسخ المهايئة .

ويستحسن اجراء القرعة في المهايئه القضائية ايضاً تطبيباً للنفس سواء كانت زمانية او مكانية ففي الزمانية يجري تعيين البادئ في الانتفاع ضمن المدة والمكانية لتعيين مكان انتفاع كل واحد (م ١١٨٠) . وللقاضي ان يعين ذلك حسب رأية بلا اجراء قرعة .

والمهايئة القضائية انما تجري في العين الواحدة او الاعيان المتفقة المنفعة لان معنى الافراز فيها حينئذ هو الاظهر ، ولا مانع من اجبار الشخص على ان يفرز ملكه عن ملك غيره . ولا تجري في الاعيان المختلفة المنفعة على ان يختص كل واحد بمنفعة عين منها ، لان معنى المبادلة حينئذ هو الاظهر والشخص لا يجبر على مبادلة ملكه . فتجري المهايئة القضائية في الدارين المشتركتين على ان يسكن كل واحد من الشريكين واحدة لاتفاقهما في المنفعة ، وكذلك الامر في الفرسين المشتركتين والسيارتين ولا تجري في حمام ودار مشتركين على ان يسكن احد الشركاء ويستغل الاخر الحمام لاختلافهما في المنفعة . وكذلك الامر في دار ومزرعة مشتركتين بين شخصين (م ١١٨١) . والظاهر من ملاحظة احكام المادة (١١٨٤) والفقرة الثانية من المادة (١١٨٦) ان لا مانع من جريان المهايئة القضائية زمانا على وجه الاستغلال في الاشياء المختلفة المنفعة ، فالظاهر جواز تلك المهايئة في حمام ودار على ان يستغلهما احدالشركاء سنة مثلا والاخر سنة، لانه اذا حصلت زيادة في الاجرة في نوبة احدالطرفين فانها تقسم عليها. فالعدالة متوفرة ، كما ان هذه المهايئة لم تتضمن المبادلة معنى .

مهايئة الاستغلال هي ان يجري التهايؤ على ان يستغل احد الشركاء الملك المشترك مدة اي ان يستوفي الاجرة مدة ثم يستغلها الثاني بقدر تلك المدة او ان يستغل احدهما بعضه والاخر بعضه الاخر . وهي اما زمانية او مكانية . وحكمها ان الاجرة اذا زادت في نوبة احد الطرفين في الزمانية فان الزيادة تقسم عليهما ولا يستغل بها من زادت من نوبته وا في ما المكانية فلاتقسم الزيادة على الطرفين بل يستغل بها المستغل وتجري المهايئة الاستغلالية عادة في المشترك الذي ينتفع به من طريق الايجار كالسفينة والطاحون والقهوة والحمام فلو كانت سفينة مشتركة بين اثنين وجرى التهايؤ الزماني فيها بين الشريكين فاجرها الاول في نوبته بمائة دينار ثم اجرها الثاني في نوبته بمائة وعشرين دينار فان العشرين الزائدة تقسم بين الشريكين والسبب في ذلك ان المعادلة في هذه الصورة لاتتحقق الا بهذا الوجه . ولو كانت داران مشتركتين بين اثنين وجرى التهايؤ على ان يستغل كل واحد منهما درا فاجر احدهما الدار التي بيده بمائة دينار واجر الآخر الدار التي بيده بمائة وعشرين فان الزيادة تسلم له ولا يشاركه فيها الآخر (م ١١٨٤ و ١١٨٦) . ووجه الفرق بين الصورتين ان في المهايئة الزمانية بناء على اختلاف زمن الايجار واستيفاء الاجرة يعتبر كأن احد الشريكين قد استقرض نصيب صاحبه من الاجرة في دوره . فاذا اخذ صاحبه مقدار ذلك من الاجرة في دوره يبقى الزائد مشتركا . واما المكانية فبما ان زمن الاستيفاء واحد ومنفعة المكانين متحدة ايضاً يكون الغالب والظاهر فيها معنى الافراز

فكان كل واحد افرز ملكه عن الاخر .

مهايئة الانتفاع

هي ان يجري التهايؤ على استيفاء المنفعة لا على استغلالها . فكل واحد يملك المنفعة التي حصل عليها بالتهايؤ لذلك له ان يستعمل المنفعة بنفسه وله ان يستغلها (م١١٨٥) واذا استغلها اي اجرها لاحد فان الاجرة تكون خالصة له ، واذا زادت الاجرة في دوره لا يشاركه صاحبه في الزيادة ، كما لو اقتسم الشريكان الملك وباع احدهما نصيبه باكثر مما باع الثاني نصيبه به .

صفة المهايئة

المهايئة اذا كانت رضائية فهي غير لازمة ولكل واحد من المتهايئين فسخها سواء كانت زمانية او مكانية ، الا ان احدهما اذا كان قد أجر المشترك لا يجوز لشريكه فسخها الا بعد انقضاء مدة الاجارة (م ١١٨٨) لتعلق حق الغير وهو المستأجر ، على انه ليس له ان يؤجر المشترك في المهايئة الزمانية لمدة اكثر من المدة المضروبة للمهايئة .

واذا كانت المهايئة قضائية فانها تكون لازمة لا يجوز ان يستبد احدهما بالفسخ ، نعم اذا طلب احدهما القسمة فان طلبه يجاب (م ١١٨٣) وعندئذ تبطل المهايئة من ذاتها اذ لم يبق بعد القسمة ملك مشترك يتهايؤ فيه . وانما

يجاب الى القسمة عندطلب احد الشركاء ، لان المهايئة كالخلف عن قسمة العين والقسمة كالاصل فيما شرعت له المهايئة لانها شرعت لتكميل منافع الملك وهذا المعنى في قسمة الدين اكمل .

محل المهايئة

ان محل المهايئات هو المنافع ، لانها قسمة المنافع ، فلا تجوز المهايئة على الاعيان . فلو تهايئا في نخل او شجر على ان يأخذ كل منهما طائفة يستثمرها لا يجوز ، وكذلك لو تهايئا في الغنم المشتركة على ان يأخذ كل واحد منهما قطيعاً ينتفع بالبانها واصوافها (م ١١٨٧) .

ما تجرى فيه المهايئة

المهايئة لا تجري في المثليات بل في القيميات فقط (م ١١٧٥) لان المهايئة قسمة المنافع مع بقاء العين مشتركة وهذا يتأتى في المثليات اذ لا يمكن الانتفاع بها مع بقاء اعيانها لانها تستهلك بالانتفاع ، بخلاف القيميات فانه يمكن الانتفاع بها مع بقاء اعيانها . ونظراً لهذه الصلة ارى جواز التهايؤ على المثليات التي ينتفع بها مع بقاء اعيانها ، كالكتب المطبوعة في مطبعة واحدة على طراز واحد ، ونحوها .

الاحكام المتعلقة بالحيطان والجدران وحقوق الارتفاق

ينحصر البحث في هذا الباب في المواضيع الآتية :

١ ـ احكام المعاملات الجوارية .

٢ ـ حكم التصرف في الحائط المشترك .

٣ ـ احكام التصرف بالطريق

٤ ـ حقوق الارتفاق .

وتستند احكام هذه المواضيع على القواعد الاتية :

أ ـ كل احد يتصرف في ملكه المستقل كيفما يشاء لكن اذا تعلق حق آخر به يمنع من تصرفه على وجه الاستقلال .

ب ـ من ملك محلا صار مالكاً ما فوقه وما تحته مالم يكن الفوق او التحت مملوكاً لغيره .

ج ـ لا يمنع احد من التصرف في ملكه الا اذا كان تصرفه مضراً بالغير ضرراً فاحشا .

د ـ كل ما يمنع الحوائج الاصلية من الشيء ـ اي يمنع المنفعة المقصودة منه ـ او يوجب وهناً في البناء او يكون سبباً لانهدامه يعتبر ضرراً فاحشاً .

هـ ـ الشركاء في الباب ليس لاحدهم منع الآخر من الدخول والخروج منها .

و ـ القديم يترك على قدمه الا اذا كان غير مشروع في الاصل فانه لا يترك اذا كان به ضرر كما لو كان لدار مسيل قذر في الطريق العام فانه ضرره يرفع وان كان المسيل قديماً وقد مر توضيح هذه المادة عند البحث في القواعد الفقهية في صدر المجلة .

ولابد من توضيح هذه القواعد قبل الكلام على المواضيع الاربعة :

توضيح القاعدة الاولى :

ان من استقل في ملكية شيء – اي لم يكن لغيره شركة فيه (١) له ان يتصرف في ذلك الشيء المملوك – سواء كان عيناً او منفعة – حسب ارادته ومحض اختياره سواء كان نافعاً له او مضراً به فله ان يبيع ملكه لمن شاء بثمن باهظ او بثمن بخس وله ان يهب ملكه لمن شاء بعوض او بغير عوض وان يؤجره بالاجرة التي يراها وان يبني في ملكه ما شاء وان يفعل اي تصرف من التصرفات التي يرتئيها . لكن هذا الاطلاق مقيد بما اذا لم يتعلق به حق الغير (م١١٩٢)، اما اذا تعلق به حق الغير فأنه يمنع من التصرف في ملكه تصرفاً مضراً بالغير ، بدون رضاء هذا الغير ولو كان الضرر غير فاحش. فلو كان الدور الاول من بناية ملكا لشخص ودورها الثاني ملكا لشخص آخر فبما ان لصاحب الدور الثاني حق القرار على الدور الاول ولصاحب الدور الاول حق السقف (اي حق التستر من الشمس والتحفظ من المطر) فليس لاحدهما ان يفعل في دوره شيئاً مضراً بالآخر بدون اذن منه فليس لصاحب الدور الاول ان يحدث شباكا او باباً في جداره ، ولا ان يثبت فيه وتداً يربط به او يعلق عليه شيئاً ثقيلا وليس لصاحب الدور الثاني ان ينشيء في دوره بناء حادثاً ، او يبني عليه دوراً ثالثاً ، او ان يحدث فيه مرحاضاً ، كما ان ليس لاحدهما ان يهدم بناءه . لان هذه الافعال كلها مضرة بمن تعلق له حق بملك المالك لكن لكل واحد ان يتصرف في دوره تصرفاً غير مضر بالآخر عملا

---

(١) اما اذا كان الشيء المملوك مملوكاً على وجه الاشتراك مع الغير فقد مرت احكامه في البحث عن كيفية التصرف في الاعيان المشتركة

بمقتضى حق الملكية ، كما ان منعه من التصرف تصرفاً مضراً بالآخر عمل بالمانع وهو تعلق حق الغير .

اذا هدم صاحب الدور الاول دوره بدون اذن من صاحب الدور الثاني فانه يجبر على اعادته اذا طلب صاحب الدور الثاني ذلك ، لكن اذا انهدم او احترق فلا يجبر على اعادته بل يعمل حسب حكم المادة (١٣١٥) لأنه ليس له دخل في الامر الواقع . وإذا سبب هدم الدور الاول انهدام الدور الثاني فلصاحب الدور الثاني تضمين صاحب الدور الاول حسب ما جاء في المادة (٩١٨) .

توضيح القاعدة الثانية :

من ملك محلا مطلقاً ملك ما فوقه وما تحته الا اذا كان الفوق او التحت لأحد

إن من ملك محلا يملك ما فوقه الى السماء وما تحته بالغا ما بلغ ، إذا لم يكن ما فوقه ملكا لغيره ـ كما إذا كان الفوقاني من الدار ملكا لشخص والتحتاني ملكا لآخر ولم يكن ما تحته ملكا لغيره ـ كما إذا كان مخزن تحت حانوت ملكا لغير صاحب الحانوت ـ وبناء على ذلك ان من ملك عرصة على الوجه المذكور له أن يتصرف فيها بالبناء والعلو كما يشاء وأن يحفر فيها ما يشاء من بئر ومخزن وله أن يجري فيها ما يشاء من التصرفات تصرفاً محدداً بحكم المادة (١١٩٧) .

ويتفرع على هذه القاعدة ، ان ليس لاحد أن يبرز رفراف بيته أو ظلته مثلا على فضاء دار جاره ، لان هذا الفضاء ملك جاره ، وليس لاحد أن يتصرف في ملك غيره بدون اذنه ، فان أبرز رفراف داره مثلا على فضاء جاره فانه يقطع منه القدر الشاغل للفضاء ، (م ١١٩٥) . لكن إذا كان

الرفراف بارزاً من القديم على فضاء الجار فانه لا يقطع لان القديم يترك على قدمه حتى لو اراد الجار المالك للفضاء احداث بناء يؤدي الى قلع شيء من الرفراف البارز ، لا يمكن من ذلك .

ويتفرع على هذه القاعدة ايضاً ، ان من امتدت اغصان اشجاره الى دار جاره او بستانه يكلف بتفريغ فضاء الدار او البستان من الاغصان المذكورة باخراجها منه بربطها اذ امكن ذلك ، كأن تكون الاغصان طرية يمكن اخراجها من ملك الجار بالربط ، فان لم يمكن ذلك الا بقطعها . فانها يقطع منها القدر الشاغل لفضاء الجار (١١٩٦) الا اذا كان ذلك من القديم لان القديم يترك على قدمه ، واذا اشترى احد داراً مثلا وكانت اغصان اشجار جاره مدلاة فيها فللمشتري ان يكلف جاره بتفريغ الدار من الاغصان المذكورة . واذا قطع مالك الفضاء الاغصان من دون ان يراجع القاضي ويحكم بالقطع فان قطعها من الموضع الذي يجب قطعها لو راجع الحاكم فانه لا يضمن شيئاً غير ان مصاريف القطع تكون عليه بخلاف ما اذا كان القطع بامر القاضي فان المصاريف تكون على صاحب الاشجار وان تجاوز الموضع المذكور فانه يضمن مقدار الضرر الحاصل من التجاوز لصاحب الاشجار . وتجري هذه الاحكام ايضاً في قطع الرفراف الآنف الذكر .

توضيح القاعدة الثالثة :

ليس لاحد ان يمنع شخصاً من ان يتصرف في ملكه التصرف الذي يرغب فيه . فاذا انشأ احد في ملكه طاحوناً فليس لمن كان له طاحون مثلا قرب هذا الملك ان يمنع عن انشاء الطاحون بدعوى انه يؤدي الى كساد

لا يمنع المتصرف في ملكه الا اذا كان التصرف فيه ضرر فاحش

طاحونه . وكذلك الحكم انشأ احد طاحوناً في الارض الاميرية التي له حق التصرف فيها ، لأنه مالك لمنفعتها وان لم يكن مالكا لرقبتها ، اذ ان هذه القاعدة مطلقة تشمل ملك الرقبة وملك المنفعة . وكذلك لو حفر احد في ملكه بئراً فليس لجاره ان يمنعه بدعوى ان هذه البئر تسحب ماء بئره . وعلى هذا القياس . لكن هذه القاعدة مقيدة بامرين : الاول الا يتعلق بالملك حق الغير ، وقد مر الكلام على ذلك في توضيح القاعدة الاولى، الثاني: الا يؤدي التصرف الى اضرار الغير ضرراً فاحشاً ، فان ادى الى ذلك فانه يمنع . وهذا المنع مبني على الاستحسان ، فان القياس يقضي الا يمنع احد من التصرف في ملكه سواء اضر بالغير او لم يضر به . غير ان الاستحسان يقضي بان يحدد تصرف المالك في ملكه بان لا يضر بالغير ضرراً فاحشاً وبالقياس اخذ ابو حنيفة ، وبالاستحسان اخذ ابو يوسف وعليه جرت المجلة . (م ١١٩٧) .

توضيح القاعدة الرابعة :

الضرر نوعان: فاحش وغير فاحش

فالضرر الفاحش هو ما يؤدي الى احد امور ثلاثة :

١ ـ الى منع الحوائج الاصلية من الشيء . كالسكنى في الدار . والزرع في الاراضي ، وجري القطار في السكك الحديدية ، وسير السيارات في الطرق المعبدة لها . والصلاة في المعابد . والبيع في الحانوت ، ونحو ذلك . فاذا كان تصرف احد في ملكه يؤدي الى منع شيء مما تقدم في ملك غيره فانه يمنع عن اجراء ذلك التصرف فليس لاحد ان يفتح في ملكه شباكاً مطلاً على

كل ما يمنع المنفعة المقصودة من الشيء يعتبر ضررا فاحشا وكذلك وهن البناء وانهدام البناء

مقر النسوان في ملك غيره وليس لاحد ان يحدث في ملكه ما يسد الهواء عن بيدر لغيره او عن طاحون الهواء العائد لغيره لان في ذلك منعاً للمنفعة المقصورة من البيدر او الطاحون وليس لأحد ان يتصرف في ملكه تصرفاً يؤدي الى سد الضوء بالكلية عن ملك غيره وعلى هذا القياس .

٢ - الى وهن في البناء : فليس لاحد ان يحدث في ملكه حفرة باتصال جدار غيره لتجتمع فيها الاوساخ اذا كان ذلك يؤدي الى تسرب الرطوبة في الجدار فان احدث وكان من الممكن درء الضرر باتخاذ بعض التدابير كتبليطها بالاسمنت يؤمر بذلك . وان لم يكن ذلك ممكناً او انه لم يمتثل الامر فان الحفرة يؤمر القاضي بردمها . وكذلك الحكم لو حفر احد بالوعة او مخزناً للاوساخ في ملكه باتصال جدار لغيره ، لكن لو انهدم الجدار من جراء ذلك قبل ان يكلف المتصرف بدفع الضرر فانه لا يضمن لصاحب الجدار شيئاً لانه مسبب ، والمسبب لا يضمن الا اذا كان متعدياً وتصرف الانسان في ملكه لا يعد متعدياً ، اما اذا سبق ان منعه صاحب الجدار فانه يضمن بسبب التقدم الذي حصل بالمنع انظر (م ٩٢٨ ، ٩٢٩) .

٣ — الى انهدام البناء : فليس لاحد ان يجمع الطين في ملكه باتصال جدار غيره . بحيث يؤدي الى تسرب الرطوبة المؤدية الى انهدامه ، فان فعل فانه يكلف برفع الطين فان لم يمتثل يأمره القاضي برفعه واذا انهدم الجدار بعدما كلف بالرفع فانه يجري في امر الضمان على ما سبق ذكره قريباً .

فالضرر الفاحش ما يكون سبباً للهدم ، او بوهن البناء ، او بخرج عن

الانتفاع بالكلية (م ١١٩٩) . اما الضرر غير الفاحش فهو الذي لم يؤد الى احد الامور الثلاثة .

وليس لأحد ان يتصرف في ملكه تصرفاً يؤدي الى سد الضوء بالكلية عن ملك غيره .

توضيح القاعدة الخامسة :

لكل واحد من الشركاء في الباب ان يدخل ويخرج منه هو وافراد عائلته الساكنين معه ، وليس لسائر شركائه منعه لان المنع يؤدي الى تعطيل منافع ملكه ، فاذا كان احد مالكا للقسم الفوقاني من داره ، وآخر مالكا للقسم التحتاني منها وكان باب الفوقاني والتحتاني في الجادة واحداً فصاحبا المحلين يستعملان الباب مشتركا وليس لاحدهما منع الآخر من الدخول والخروج منه (م ١١٩٣) . وكذلك لواشترى احد من آخر بيتاً في داره فليس للبائع ان يمنع المشتري من الدخول الى البيت من باب الدار .

الشركاء احرار في الدخول والخروج من الباب المشترك

احكام المعاملات الجوارية

المعاملات الجوارية كثيرة وقد جمع هذا الفصل اهمها ، ويقاس عليها في الحكم ما يشبهها واليك البيان : ـ

١ ـ لو اتخذ احد في اتصال دار دكان حداد او طاحوناً ، ومن طرق الحديد ودوران الطاحون يحصل وهن للبناء ، فانه يكلف بدفع هذا الضرر باي وجه كان لانه ضرر فاحش . وكذلك لو احدث باتصال دار معصرة ، او مدبغة او مسلخة او نحو ذلك بحيث ادى ذلك الى الا يستطيع صاحب الدار السكنى

فيها لتأذيه من الرائحة الكريهة . وكذلك لو احدث تنوراً او حماماً ، او مطبخاً او نحو ذلك بحيث لا يستطيع صاحب الدار من السكنى فيها . وكذلك لو تسربت مياه (مرزة) احد الى ارض غيره بحيث صار يفسدها الماء . وكذلك من شق في عرصته المتصلة بدار احد نهراً الى طاحونه او حديقته وجري الماء يوهن جدار الدار ، وكذلك لو اتخذ احد في اساس جدار دار جاره مزبلة والقاء القمامة يضر الجدار وكذلك لو احدث مذرى (بيدراً) في قرب دار آخر ويجيء الغبار منه يتأذى صاحب الدار حتى لا يطيق الاقامة فيها ، وكذلك لو احدث احد بناء مرتفعاً في قرب بيدر لآخر وسد مهب ريحه وكذلك لو احدث رجل دكان طباخ في سوق البزازين وكان الدخان يضر بامتعة الجار ضرراً فاحشاً وكذلك اذا انشق سياق احد في داره وتضرر الجار من جري ماءه ضرراً فاحشاً . وكذلك لو انشق نهر في ارض احد وخرب بعض اراضي جيرانه وكذلك اذا احدث مصنعاً للحديد او النحاس او نحوهما او آلة بخارية وسط منازل السكنى ، تقلق راحة السكان وتوهن مبانيهم . ففي جميع هذه المسائل ونحوها اذا طلب المتضرر دفع الضرر عنه يكلف مجاوره الذي نشأ الضرر من قبله ان يدفع ضرره بالقدر الممكن لان هذه الاضرار كلها فاحشة على ما يظهر من مراجعة القاعدة الرابعة (م ١٢٠٠) . وكذلك لو بنى احد في ملكه بناء سد به الهواء بالكلية او الضياء بالكليه عن غرفة جاره بحيث صارت بحالة لا يستطاع فيها القراءة بسبب الظلمة ، فانه ضرر فاحش يؤمر الباني بازالته ، كما ان لاصحاب الغرفة الذي يتوقع سد الضياء بالكلية عن غرفته ان يمنع الباني من احداث البناء الذي يسد الضياء . وليس للباني ان يدفع بان باب

الغرفة يكفي لارسال الضياء إلى الغرفة ، لان الباب قد يضطر إلى غلقها من جراء البرد او سبب آخر (م ١٢٠١) . كما ان الغرفة لو أمكن ان يفتح فيها صاحبها نوافذ أخرى على جهته ، لا يسقط حقه من توقيف البناء او دفع الضرر عنه بعد حدوث البناء ، لان من سبب الضرر الفاحش يجب عليه ان يزيل سبب الضرر .

واذا كان البناء لا يسد كل النوافذ أي أنه لا يسد الضياء بالكلية ، بل يمكن القراءة في الغرفة بعد البناء فان الضرر لا يعد فاحشاً ولا يكلف الباني بشيء . ولا يقال لماذا قيدتم الضرر بالفاحش ، ولا يؤمر الجار بدفع اي ضرر سببه لجاره عملا بالقاعدة الفقهية (لاضرر ولاضرار) ؟ لانا نقول انهذا العموم مخصص ، والا لما استطاع احد ان يتصرف في ملكه تصرفاً صحيحاً ، بل يبقى مقيداً تقيداً شديداً ، فالضرر الممنوع هو الفاحش مطلقاً ، وغير الفاحش اذا لم يكن احداث سببه مشروعاً ، مثلاً لا يجوز لاحد ان يتلف شجرة صغيرة من بستان عظيمة لغيره ، لأن فعل اتلاف مال الغير ليس بمشروع ويجب على من أحدث في ملكه حماماً يمنع دخانه الجار من السكنى في بيته ان يدفع الضرر عن جاره وان كان احداث الحمام مشروعاً لان الضرر فاحش لكن لو بنى احد في داره بناء سد به نافذة من نوافذ غرفة جاره ولم يسد الضياء بالكلية ، فانه لا يكلف بشيء لان الضرر غير فاحش لأن إجراء سببه مشروع .

٢ — إذا أحدث احد في داره شباكاً ، او بناء (كالمرصد) مطلا على مقر نساء جاره فانه يؤمر برفع الضرر لان الاطلال على مقر النساء ضرر فاحش .

ولا فرق بين ان يكون الجار ملاصقاً و بين ان يكون بينهما طريق فاصل كما أنه لا فرق بين ما اذا كان نساء الجار ممن الفوا الحجاب او السفور ، كما انه لا فرق بين ما اذا كان الاطلال ممكن الاستمرار في كل وقت ، وما إذا كان في وقت دون وقت ، كالسطوح عندنا في فصل الصيف فانها مقر نساء في هذا الفصل ليلا ، فالشباك المطل عليه مقصور اطلاله على وقت الصيف .

و يكفي لدفع هذا الضرر اقل ما يمكن به الدفع لان الضرورات تقدر بقدرها فاذا كان الضرر يدفع بوضع حجاب ثابت يمنع نفوذ النظر الى مقر النساء لا يكلف صاحب الشباك المطل او البناء المطل بأكثر من ذلك ، كما إذا كان سد ثلاثة ارباع الشباك مثلا طولا كافياً لدفع الاطلال ، لا يكلف بسده كله (م ١٢٠٢) إذ أن الشباك المطل إذا كان فوق قامة الانسان فليس للجار ان يكلف صاحب الشباك بسده لاحتمال ان يضع سلماً و ينظر إلى مقر نسائه ، (م ١٢٠٣) لان هذا توهم ولا عبرة بالتوهم .

ومعرفة مقر النساء تتعين بالعرف والعادة فحدائق البيوت التي قد الف اتخاذها في بلادنا في هذا الوقت تعد مقراً للنساء ، لان العادة ان النساء يأوون اليها في موسم الصيف فما جاء في المادة (١٢٠٤) من ان الحنفية لا تعد مقر النساء مبني على العادة القديمة . والنص اذا بني على العرف تجوز مخالفته بناء على تبدل العرف على ما هو مقرر في اصول الفقه ، فان العادة محكمة وقد يقال ان المجلة قانون والقانون لا تجوز مخالفة نصوصه الصريحة ، إذ لا اجتهاد في معرض النص فالأولى تعديل هذه المادة .

و يلاحظ ان اطلال المحل الذي لا يستمر احتمال منه إلى مقر النساء إلا

دقائق معدودة لا يعد ضرراً فاحشاً ، بل إذا كانت ازمانه معلومة ، كما هو الحال عند إجراء بعض المراسم الدينية على مرتفعات المعابد فبأمكان النساء الا يبرزن في تلك الدقائق الى المنظر المكشوف ، وليس في ذلك ضرر فاحش على ما عرف من تعريف الضرر الفاحش ، وإذا لم تكن ازمانه معلومة كما هو الحال في الصعود على الاشجار لالتقاط اثمارها والصعود على مداخن المعامل لاصلاحها ، فيكلف الصاعد باخبار الجيران ولا يكلف باتخاذ اسباب سد النظر لان ذلك عسر وضيق ومشقة والمشقة تجلب التيسير ولا ضرر فاحشاً على النساء اذا اخترن التستر في تلك الازمان المتقطعة ، وإذا لم يخبر الصاعد الجيران يمنع من الصعود (م ١٢٠٥)

إذا كان لاحد بئر ماء حلو أو مجرى ماء حلو فاحدث شخص بقر به مرحاضاً أو مجرى ماء مالح فافسد ماء البئر فانه يكلف بدفع الضرر باتخاذ التدابير الفنية كالتبليط بالاسمنت مثلا لان الضرورة تقدر بقدرها . واذا لم يكن دفع الضرر بمثل تلك التدابير ، يردم المرحاض أو المجرى المذكور (م ١٢٠٢) .

وعلى ما سبق من الامثلة فقس .

٣ — منع المنافع التي لا تعد من الحوائج الاصلية للشيء لا تعد ضرراً فاحشاً فلا يكلف المانع بدفع الضرر كما لو بنى أحد في ملكه بناء سد عن جاره المناظر التي كان ينظر اليها سابقاً أو سد الهواء والضوء سداً غير كلي (م ١٢٠١)

٥ — انما يكلف صاحب الشباك أو البناء المطل على مقر نساء جاره بدفع الضرر ، إذا كان هو المسبب للأطلال ، فلو كان الجار هو الذي سبب اطلال

شباك جاره عليه ، فهو الذي يدفع الضرر عن نفسه ان اختار دفعه لانه هو المسبب للضرر ، وليس له أن يكلف جاره بدفع ذلك الضرر . مثلا ، لو أحدث أحد داراً قرب دار شخص وانشأ بناءها على شكل جعل شباك جاره يطل على مقر النساء في داره المحدثة ، فهو الذي يدفع الضرر عن نفسه ، وكذلك الحكم إذا اتخذ داره بجنب مصنع حديد أو نحاس أو آلة بخارية تقلق راحته وتوهن بناءه (م ١٢٠٧) ، وكذلك الحكم اذا كان لصاحب الدار القديمة جدار يمنع اطلال شباك دار جاره المحدثة على مقر نسائه فهدم صاحب الدار القديمة ذلك الجدار ، فصارت شبابيك جاره الحديثة مشرفة على مقر نسائه فلا يمنع لانه هو المسبب لذلك فعليه أن يدفع الضرر عن نفسه (م ١٢٠٩) وكذلك الحكم اذا كانت دار قديمة لاحد قرب عرصة لشخص آخر وكانت شبابيك الدار تطل على العرصة فأحترقت الدار ، وقبل أن يعيد صاحبها بناءها ، انشأ صاحب العرصة داراً فيها ، ثم أعاد صاحب الدار المحترقة بناءها على وجه أصبحت شبابيك الدار الحديثة في العرصة تطل على مقر النساء في تلك الدار ، فان معيد البناء هو المسبب لذلك فعليه ان يدفع الضرر عن نفسه (م ١٢٠٨) .

و يلاحظ ان المراد من الدار القديمة في هذه المواضع من البحث الدار التي سبق انشاؤها على البناء الذي حدث فيه الضرر . وليس المراد من القدم ماجاء في المادة (١٦٦)

واذا كان اطلال الشباك مثلا على مقر نساء الجار من القديم ، فعلى المتضرر دفع الضرر عنه اذا اختار ذلك ، ولا يكلف صاحب الشباك بشيء لان القديم يترك على قدمه . ولا يعارض هذا الحكم بالقاعدة الفقهية (الضرر لا يكون

قديماً) لان المراد من الضرر في هذه القاعدة الضرر العام .

ويلاحظ ان المادة (١٢٠٦) تنص على ان الشريكين في الدار إذا اقتسماها وكان يرى من الحصة التي أصابت أحدهما مقر نساء الآخر يأمرهما الحاكم ان يتخذا ستارة مشتركة بينهما. فهذا الحكم نظراً لظاهر المادة مخالف لما هو معروف من ان الشخص لا يجبر على اصلاح ملكه وأرى ان المادة لم تقصد هذا وانما تقصد ان صاحب الحصة التي يرى فيها مقر نسائه اذا طلب من صاحب الحصة الثانية دفع الضرر عنه لا يكلف هذا الثاني بالقيام بدفع الضرر وحده بل انهما يشتركان باتخاذ ما يدفع الضرر لان صاحب الحصة الثانية لم يحدث هذا الضرر وانما حصل بطبيعة الحال . ويدل على هذا القصد سياق الكلام وسباقه .

أحكام التصرف بالحائط المشترك :

الاصل في هذا الموضع ، ما جاء في المادة (١٠٧٥) من ان كل واحد من الشركاء في شركة اجنبي في حصة الآخر فليس له ان يتصرف في حصة شريكه تصرفاً مضراً بلا اذنه .

ويتفرع على هذا : انه ليس لاحد الشريكين فى الحائط ان يرفع اخشابه التي على الحائط من أسفل إلى أعلى بدون اذن شريكه إلا إذا كان لشريكه أخشاب من موضع أعلى من موضع أخشابه فانه حينئذ يجوز له آن يرفع أخشابه الى استواء أخشاب شريكه تحصيلا للمساواة بينهما إذا لم يكن في هذا ضرر على الجدار .

وليس له ان يحول أخشابه من اليمين الى الشمال وبالعكس بدون اذن

شريكه ، ولكن له ان يحولها من أعلى الى أسفل (م ١٢١١) .

وليس له ان يعليه أو يفتح نوافذ فيه ولا ان يركز عليه درجاً ولا ان يفتح فيه باباً ولا ان ينشأ عليه غرفة ولا ان يبني عليه أي بناء بدون اذن شريكه ، سواء وافق هذا التصرف الرسم المعتاد أم لا (م ١٢١٠) . وذهب بعض الفقهاء الى ان التصرف اذا كان موافقاً للرسم المعتاد جاز لاختلاف شكل البناء وارتفاع السقف باختلاف العرف والعادة والزمان والمكان . وهذا هو الاوفق بحالة العصر والعمران لكن المجلة مطلقة في المنع . فالاولى ان يعدل حكمها .

واذا كان لاحدهما أخشاب عليه وأراد الآخر ان يضع مثلها فان كان الحائط يحتمل الجميع فله ذلك ، والا أجبر من له الاخشاب على ان يرفع منها بقدر ما يزيد على نصف ما يحتمله الحائط ليتمكن الآخر من وضع أخشابه تحقيقاً للمساواة بينهما في الانتفاع اللهم إلا إذا كانت الاخشاب موضوعة من القديم فانها تترك على قدمها ، وللآخر حينئذ ان يضع من الاخشاب بقدر ما يتحمله الحائط وان كان أقل من النصف .

واذا لم يكن على الحائط لاحدهما أخشاب وأراد أحدهما أن يضع عليه من الاخشاب بقدر استحقاقه مما يتحمله الحائط فليس للثاني منعه عن ذلك القدر لان هذا المنع موجب لتفويت الانتفاع من الجدار تعنتاً ، فاعتبر الشرع الشريك مأذوناً حكماً بوضع مقدار نصيبه ، فاذا وضع ما لا يتجاوز عن نصيبه مما يتحمله الحائط فلشريكه أن يضع مثل ذلك المقدار (م ١٢٠٠)

٧١

احكام التصرف بالطريق

الاصل في هذا الموضوع ما جاء في القاعدتين الفقهيتين :

(الضرر يزال) و (الضرر لا يكون قديماً)

والطريق نوعان : خاص وعام .

فالطريق الخاص هو الطريق المملوك لاصحابه .

وأما تعريفه المار في المادة (٩٥٦) بالزقاق الذي لا ينفذ فغير سديد ، لان الطريق الخاص إذا فتح له أصحابه منفذاً الى الطريق العام يبقى خاصاً ولا يكون عاماً ، فلهم منع الناس من المرور فيه .

والطريق العام ، وهو الطريق الذي ليس مملوكا لاحد . واليك تفصيل البحث في الاحكام المتعلقة بهما .

أحكام الطريق العام :

١ ليس لاحد أن يتصرف في الطريق العام بوجه من الوجوه بدون اذن ولي الامر فاذا أراد أحد احداث شيء فيه فانه يمنع ، الا انه إذا أحدثه ولو بعد المنع (على ما هو الظاهر من اطلاق المجلة) لا يرفع إلا إذا كان ما أحدثه مضراً بالمارين ، فاذا كان مضراً فانه يهدم ولو كان قديماً ، لان القدم لا يشفع للضرر العام فان الضرر العام لا يكون قديماً . واذا أحدث شيئاً غير مضر بالمارة فاذا انهدم ما أحدثه فليس له إعادته ولو كان قديماً ، فيمنع من إعادته ، لان احداثه السابق لا يثبت له حق قرار في الطريق العام ، ولكن إذا تمكن من إعادته لا يرفع على ما سبق ذكره . والذي له حق الخصومة في طلب المنع ، أو رفع ما أحدثه ، هو كل واحد من الناس لان لكل واحد

حق المرور في الطريق العام ، ولـكن نظراً لاحكام قوانيننا ان حق الخصومة هو للبلدية .

و إذا كان إنشاء شيء في الطريق العام باذن من ولي الامر ، فان مريد الانشاء حينئذ لا يمنع ، و إذا أنشأ شيئاً لا يهدم . ولـكن من المراد من ولي الامر ؟

الظاهر بالنظر الى الحكومات الدستورية ان الاذن الصادر حسب الجواز القانوني هو الذي يجب أن يعتبر اذناً من ولي الامر لا غير . و بعبارة أخرى ان المراد بولي الامر القانون والنظام المستند الى قانون والتعليمات المستندة الى النظام وهذا الحكم المقرر الذي سلكته المجلة هو قول الامام محمد ، وذهب الامام أبو حنيفة الى انه ليس لاحد أن يحدث شيئاً في الطريق العام فيمنع إذا أراد أن يحدث شيئاً ، و إذا أحدث شيئاً فانه يهدم . لان أبا حنيفة يذهب الى ان احداث أي شيء في الطريق العام ضرر فاحش ، لعموم ضرره ، والضرر الفاحش يجب دفعه .

ويتفرع على ما قررناه آنفاً :

أ - ان الاشياء المضرة بالمارين كالغرفة والبروز على الطريق العام الدانيين الواطيين (م ١٢٠٤) ونحوها ، ترفع ولو كانت قديمة . بخلاف ما إذا كان مثل ذلك في الطريق الخاص ، فليس لاحد طلب رفعها إذا كانت قديمة ، واذا انهدمت كان لصاحبها أن يعيدها على حالها السابق ، لان القديم يترك على قدمه .

ب - إذا أراد أحد أن يعمر داره التي على الطريق العام يجوز له أن

يضع الطين وسائر المواد اللازمة للبناء ، على طرف الطريق العام على أن يترك للمارة متسعاً في الطريق لمرور الناس ، وعلى أن يسرع في رفع ما وضعه قدر الامكان ، فان هذا الجواز إنما كان للضرورة ، والضرورات تقدر بقدرها أما إذا كان قد وضع تلك الاشياء في الطريق بصورة تضيق على المارة مرورهم فانه يجبر على توسيع الممر على أن يسرع إلى رفع ما وضعه (م ١٢١٥) .

٢ — يجوز أن يتملك شخص فضلة الطريق العام من البلدية بثمن مثله (م ١٢١٧) . وقد جاء في هذه المادة ، أن التملك يكون (من جانب الميري) أي من جانب الحكومة وهذا نظراً إلى الحالة سابقاً أما اليوم فبما أن الطرق العامة في المدن والقصبات تعتبر ملكاً للبلديات قانوناً فهي التي تملك فضلة الطريق العام الى الراغب فيها بثمن المثل .

وكما يجوز أن تباع فضلة الطريق العام يجوز للحكومة أن تستملك العقارات المملوكة من اصحابها جبراً عليهم لتوسيع الطريق العام او فتحه أو لغير ذلك من المنافع العامة ، على شرط ألا يؤخذ العقار المراد استملاكه من يد صاحبه مالم يدفع اليه الثمن (م ١٢١٦) . فاخذ الحكومة العقار من يد صاحبه جبراً عليه للمنافع العامة يسمى استملاكا . وقد منح هذا الحق أيضاً الى البلديات . أما أخذه برضاء صاحبه للمنافع العامة ، فلا يسمى استملاكا ولا يشترط فيه لزوم اداء الثمن حالا ، لان المعاملة حينئذ معاملة بيع فهي تتبع سائر احكام البيوع فان حصل الاتفاق مع صاحب الملك على أن يكون الثمن حالا وجب أن يدفع اليه الثمن حالا وان مقسطاً أو مؤجلا يعمل حسب موجب الاتفاق .

وقد سنت عدة قوانين للاستملاك جرت عليها عدة تعديلات ثم سن قانون للاستملاك الغى القوانين السابقة ثم الغي هذا القانون واستقر العمل على قانون سن سنة ١٩٣٦.

٣ — يجوز لكل أحد أن يفتح ماشاء من الابواب على الطريق العام لان كل أحد له حق المرور في الطريق العام (م ١٢١٨) .

أحكام الطريق الخاص :

١ — لا يجوز لمن ليس له حق المرور في الطريق الخاص أن يفتح اليه باباً (م ١١١٩) لان الطريق الخاص ملك لاصحابه فلا يجوز لاحد آخر أن يتصرف فيه بلا أذن من أصحابه . نعم اذا اذنوا له أن يفتح باباً في طريقهم جاز له ان يفعل ذلك . وهل لهم الرجوع بعد ذلك وطلبهم سد الباب المذكورة ؟ لهم ذلك . لان اذنهم هذا ما هو الا إعارة وهي عقد غير لازم . وذهب بعض الفقهاء الى ان لكل أحد ان يفتح باباً على الطريق الخاص الا أنه ليس له المرور اليه ان لم يكن من اصحاب حق المرور فيه فلأصحاب الطريق الخاص أن يمنعوه حينئذ من المرور الى بابه التي فتحها ووجه قولهم هو ان فتح الباب ماهو الا تصرف في الجدار ولكل أحد أن يتصرف في جداره كيفما يشاء فله أن يفتح فيه شبابيك وابوابا ، الا أنه ليس له ان يمر إلى الباب التي يفتحها إلى الطريق الخاص لانه ليس له حق المرور . ووجه مسلك المجلة ان فتح الباب و إن كان تصرفاً في الجدار المملوك لمن يريد فتح الباب فيه الا أنه يعسر على أصحاب الطريق الخاص مراقبة صاحب الباب الذي ليس له حق المرور في

الطريق ، ومنعه إذ أنهم يضطرون الى مراقبته ليلا ونهاراً وهو مشقة يلزمون بها بلا التزام ، فكان الصواب منعه من فتح الباب ، لئلا يثبت له حق المرور بسبب طول الزمن وتعسر مراقبته ومنعه من المرور .

٢ — كل من له حق المرور في الطريق الخاص له أن يفتح اليه من الابواب ما شاء لان فتح الابواب ليس تصرفاً في الطريق الخاص ، بل هو تصرف في الجدار المملوك لصاحبه ، وبما أن صاحب الجدار من أصحاب حق المرور فله أن يمر الى داره من أي الابواب الكائنة في الجدار . أنظر المادة (١١٧٢) .

و بناء على هذا إذا انشعب من الطريق الخاص شعبة مستطيلة أو مربعة فان لكل واحد ممن له حق المرور في الشعبة ان يفتح باباً في اصل الطريق لان له حق المرور فيه بدليل انه يعد خليطاً له حق الشفعة في الدور التي فيه المرور اليها وليس لمن له حق المرور في اصل الطريق ان يفتح لداره باباً على الشعبة المذكورة لانه ليس له حق المرور فيها لان مروره منقطع عن هذه الشعبة الثانية بدليل أنه لا يعد خليطاً مع أصحاب الشعبة فاذا بيعت دار فيها فليس لمن له مرور في اصل الطريق شفعة فيها .

وانما قيدنا الشعبة بان تكون مستطيلة لأنها إذا كانت مستديرة فانها لا تعد زقاقاً مستقلا بذاته بل أنها تعد بمنزلة الساحة المشتركة في الطريق الخاص فلكل من أصحاب المرور في أصل الطريق والشعبة المستديرة حق فتح الباب على أصل الطريق أو الشعبة المستديرة ولتوضيح المسألة ينظر الى التصوير الآتي :

ليس لصاحب الدار المرقمة (٢) فتح باب على الشعبة الثانية المستطيلة لانه ليس له حق المرور فيها ، لصاحب الدار المرقمة (٣) فتح باب على أصل الطريق الخاص لانه حق المرور فيه ، لصاحب الدار المرقمة (٤) فتح باب على الشعبة المستديرة لان الشعبة المستديرة بمنزلة الساحة المشتركة بين جميع اصحاب الطريق الخاص ، ولصاحب الدار المرقمة (٥) ان يفتح باباً على اصل الطريق الخاص لان له حق المرور فيه ، وليس لصاحب الدار المرقمة (٦) ان يفتح باباً على الشعبة المربعة لانه ليس له حق المرور فيها . ولصاحب الدار المرقمة (٧) فتح باب على اصل الطريق الخاص لان له حق المرور فيه .

٣ بما أن الطريق الخاص ملك لاصحاب حق المرور فيه فلكل واحد أن يعمل فيه ما هو من أمور السكنى كأمرار دابته الى داره ووضع القمامة لمدة يسيرة جنب داره اما الاشياء التي لا تعد من أمور السكنى ، فليس لاحد اصحاب الطريق أجراؤها بدون اذن من سائر اصحابه سواء كان ذلك مضراً أم لا (م ١٢٢٠) لان كل واحد من الشركاء اجنبي في حصة شريكه فيما عدا السكنى والامور التالية لها . انظر المادة (١١٧٥) . فليس له أن يخرج عليه طنفاء ، أو ظلة أو نحو ذلك بلا إذن من جميع شركائه ، وليس له أن

يحدث في داره ميزاباً على الطريق الخاص بلا اذن من جميع شركائه (م ١٢٢١) فاذا أحدث شيئاً من ذلك بدون إذن الشركاء كان لكل واحد من الشركاء ان يطلب رفع ما أحدثه ، و إذا حصل على أحد من الناس ضرر بسبب ما أحدثه بلا أذن فأنه يضمن الضرر ، كما لو فعل ذلك في الطريق العام بلا إذن ولي الامر وحصل بسببه ضرر على أحد .

و إذا أذن الشركاء لاحدهم أن يحدث فيه شيئاً ، كأن يبرز عليه غرفة أو يحدث عليه ميزاباً ونحو ذلك ، كان له أن يفعل ذلك ، و إذا حصل بسبب فعله ضرر على أحد لا يضمن الضرر . ولكن هل لهم الرجوع عن هذا الاذن؟ الظاهر من حكم المادة (١٢٢٦) ان لهم ذلك لان ذلك يعد من باب الاعارة وهي غير لازمة حتى أنه لو رجع واحد منهم عن الاذن بعد ذلك وطلب رفع ما أحدث كان له ذلك بل لو أشترى اجنبي داراً في ذلك الطريق الخاص ثم طلب المشتري رفع ما أحدث كان له ذلك . ولكن لا يخفى أن الاذن إذا كان غير مؤقت فانهم لا يضمنون شيئاً عند الرجوع عن الاذن وطلب رفع ما أحدثه المأذون وان كان مؤقتاً، فاذا رجعوا عن أذنهم وطلبوا رفع ما أحدثه المأذون قبل المدة المأذون فيها فانهم يضمنون حسبما جاء في المادة (٨٣١) .

و إذا كان لاحد الشركاء شيء على الطريق الخاص من القديم فانه يبقى على قدمه فلو كان لاحد غرفة بارزة على الطريق الخاص او طنف أو نحوهما من القديم فانه يبقى على قدمه حتى لو أن الدار أحترقت أو هدمت أو تهدمت فاعادها صاحبها مع مالها من الاشياء البارزة على الطريق الخاص كان له ذلك وليس لشركائه حق منعه .

٤ — لا يسقط حق المرور بسد الباب أو بانهدام الدار مثلا فيجوز لصاحب المرور ولمن يشتري العقار منه أن يفتح الباب مجدداً (م ١٢٢٢) واذا اراد أحد أن يفتح باب داره على طريق خاص على زعم انه كان له حق المرور فيه فمنعه الجيران بدعوى انه ليس له مرور فيه فاذا اثبت صاحب الدار ان له حق المرور في الطريق فبها ونعمت والا فتوجه اليمين إلى جميع من له حق المرور فاذا نكلوا جميعهم ثبتت دعوى صاحب الدار وكان له أن يفتح اليه الباب واذا حلف واحد منهم سقط اليمين عن الباقين وردت دعوى صاحب الدار فليس له فتح الباب ، لان حلف الواحد كاف لمنع صاحب الدار عن فتح الباب إذ لا يثبت له حق الفتح بالنظر اليه ، فلا تبقى فائدة من توجيه اليمين إلى الباقين ، لان الفائدة من توجيه اليمين هو رجاء النكول وبما أن النكول بعد سبق حلف الواحد لا يؤثر شيئاً في المسألة لما سبق ذكره ، فتسقط اليمين .

٥ — للمارين في الطريق العام حق الدخول في الطريق الخاص عند الازدحام ، بسبب ضرورة الازدحام ، وبناء على هذا لا يجوز لأصحاب الطريق الخاص أن يقتسموه ، ولا أن يبيعوه وحده ، ولا أن يسدوا مدخله (م ١٢٢٣) . كما لا يجوز للمارة الدخول فيه في غير حالة الازدحام ، إذ لا يجوز لاحد أن يدخل ملك غيره بدون اذنه ، ولكن ضرورة الازدحام جوزت للمادة ذلك . وما جاز لعذر بطل بزواله .

ويلاحظ . أن المراد من الطريق الخاص في الفقرة الخامسة ، الطريق الخاص الذي ترك من القديم ليكون مسلكا للدور المحيطة به . أما اذا لو أشترى

عدة أشخاص عرصة واقتسموها وانشأوا فيها عـدة دور وافرزوا من العرصة مسلـكا للدور المذكورة ، فان هذا الطريق الخاص لهم أن يتصرفوا فيه كيفما شاءوا فلهم بيعه وقسمته وسد مدخله ، إذ أنه ملـكهم الخاص بهم من الاصل لانه جزء مما أفرز من العرصة المشتركة بينهم و بقي بعد تقسيم العرصة مشتركا بينهم .

أحكام حق المرور وحق المجرى وحق المسيل

يبحث هذا الفصل عن أكثر أنواع حق الارتفاق . وتعتمد أحكام هذا الفصل على القاعدة الفقهية : القديم يترك على قدمه إذا لم يكن مخالفاً للشرع من الاصل .

والحق هو صفة شرعية أو قانونية يقتدر بها الانسان على التصرف والانتفاع بالاعيان المالية تصرفاً مشروعاً والحقوق المتعلقة بالاموال ثلاثة أنواع :

١ – حق ملك الشيء ذاتاً ومنفعة .

٢ – حق ملك الانتفاع .

٣ — حق الارتفاق .

اما الاول فيسمى ملـكا تاماً ، ويجعل لصاحبه حق التصرف المطلق فيما يملـكه . وهذا الحق يكتسب أما بأحد العقود المشروعة لتمليك الاعيان أو بالارث ، أو بالاحراز أنظر المادة (١٢٤٨) .

وأما الثاني فيسمى ملـكا ناقصاً لان المالك لا يملك التصرف المطلق الا من مالك العين المنتفع بها ، وذلك بسبب الوقف او عقد الوصية بالمنفعة ، أو عقد الايجار ، أو عقد الاعارة .

واستيفاء المنفعة المملوكة باحد الاسباب المذكورة اما أن يكون مقيداً بشرط ، او لا . فان كان مقيداً كان لمالكها ان ينتفع الانتفاع المشروط او ما يماثله في الضرر ، أو ما هو أقل منه . وان كان غير مقيد بشرط ، انتفع الانتفاع المعتاد . و إذا خالف المشروط الى ما هو ضرراً ، أو جاوز المعتاد في الانتفاع أو تأخر عن رد العين بلا عذر بعد استيفاء المنفعة ، أو مات مجهلا لها فعليه الضمان .

و ينتهي حق الانتفاع باحد الامور الآتية :

١ — بانتهاء مدة الانتفاع .

٢ - بموت المنتفع ، فالانتفاع لا يورث .

٣ - بهلاك العين المنتفع بها .

واما الثالث فهو حق مجرد وقد يسمى ملكا ناقصاً لان صاحبه لا يملك فيه التصرف المطلق . والارتفاق لغة الاتكاء على مرفق اليد ، و يطلق على كل ما يستعان به . وشرعا ، هو حق مقرر على عقار لمنفعة عقار لشخص آخر وحقوق الارتفاق عبارة عن حق المرور ، وحق المجرى ، وحق المسيل ، وحق الشرب . وحق التعلي .

حق المرور : هو أن يثبت لشخص السير في ملك غيره ليصل الى ملكه أنظر المادة (١٤١) .

حق المجرى : هو أن يكون لشخص حق أجراء الماء في ملك الغير ليصل الى ملكه .

حق المسيل : هو أن يكون لشخص حق أسالة المياه اي تصريفها في ملك

غيره لتصل الى المصاريف العامة . أنظر المادة (١٤٤) .

حق الشرب : هو نوبة الانتفاع بالماء سقياً للارض والزرع والشجر . انظر المادة (١٤٣) .

حق التعلي : هو حق القرار لشخص بعلوه على سفل الآخر ، فاذا باع شخص الدور العلوي من داره كان للمشتري حق القرار على الدور السفلي .

يعتبر القدم في حق المرور وحق المسيل وحق المجرى ، فلا يمنع ذو حق قديم من هذه الحقوق من استيفائه إلا إذ كان في عدم المنع ضرر فاحش ، كما اذا كان لشخص في طريق عام مسيل قذر يتأذى به المارة فانه يزال ضرره وان كان المسيل قديماً (م ١٢٢٤) . واذا لم تمكن ازالة ضرره الا بسده فانه يسد ، أما إذا لم يكن فيه ضرر ، فيطبق عليه حكم المادة (١٢١٣) . وكذلك إذا كان لاحد مثل هذا المسيل في الطريق الخاص ، لان الضرر الفاحش يزال انظر المادة (١١٩٧) .

ويتفرع على هذا الحكم ١ ـ أنه اذا كان لاحد حق المرور في عرصة آخر فليس لصاحب العرصة أن يمنعه من المرور فيها سواء كانت العرصة ملكاً أو وقفاً ، او أرضاً اميرية (م ١٢٢٥) . واذا باع أحد داره مثلا مع حق المرور اليها فان المشتري ينتقل اليه حق المرور فلو كان المشترون متعددين يثبت لكل واحد حق المرور اليها ، وان كان المالك الاول وهو البائع واحداً . و إذا لم يكن لاحد حق المرور في عرصة آخر فله ان يمنعه ، إذ ليس لاحد ان يتصرف في ملك الغير بدون اذنه . و إذا كان مروره بأذن من صاحب العرصة فلا يثبت له حق مرور أيضاً (م ١٢٢٦) ، لان هذا الاذن ما هو الا إعارة أي أن

صاحب العرصة أباح له أن ينتفع من العرصة بلا عوض وهذه الاباحة ماهي إلا اعارة والمعيران يرجع عن أعارته أنظر المادة (٨٠٦) .

و إذا اختلف صاحب العرصة وذو المرور في كون المرور قديماً او حادثاً تطلب البينة من مدعي القدم .

ثم أن حق المرور من الحقوق المجردة فاذا سقط لا يعود وهذا الاسقاط يكون على صورتين :

أ ـ أن يقول صاحب هذا الحق قد اسقطت حق مروري أو أبطلت حق مروري من هذه العرصة .

ب ـ ان يأذن لصاحب العرصة بأحداث بناء على الممر (م ١٢٢٧) ، و إذا سقط حقه لا يبقى له حق الخصومة مع صاحب العرصة .

وكذلك الامر في حق المسيل وحق المجرى فأنهما من الحقوق المجردة كالشفعة ، تسقط بالاسقاط أما الحقوق التي ليست مجردة بل هي ملك تام أو ناقص ، فلا تسقط بالاسقاط ، لان الملك التام عين والاعيان لا تقبل الاسقاط بل تملك للغير او توقف فان الوقف كالتملك ، وملك المنفعة قائم بالعين ومتلبس بها تلبساً مكيناً حتى أن العقد على المنفعة انما يرد على العين القائمة فيها ، فان المؤجر مثلا يقول للمستأجر ، أجرتك هذه الدار ولا يقول منفعة هذه الدار.

و بناء على هذا لو كانت رقبة الممر الواقع في عرصة الغير مملوكة للمار واذن هذا لصاحب العرصة ان يبني على رقبة الممر المذكور فان حق مروره لا يسقط لان الرقبة ملكه وهي عين لا تقبل الاسقاط .

٢ ـ اذا كان لواحد جدول أو سياق في عرصة آخر جارياً من القديم فليس

لصاحب العرصة منعه ، وعند احتياجهما إلى الاصلاح والتعمير فاذا أمكن الاصلاح من غير ان يدخل صاحبهما الى العرصة ، بان بمكن الدخول من نفس المجرى أو السياق وتعميرها لوسعتهما ، فلصاحب العرصة منعه من الدخول الى العرصة وأن لم يمكن ذلك ، ولم يأذن صاحب العرصة بالدخول يجبره الحاكم على أختيار أحد الامرين : أما أن يأذن لصاحبها بالدخول لاجل التعمير وأما أن يقوم هو بالتعمير من ماله (م ١٢٢٨) .

٣ - وليس لصاحب العرصة أو من اشتراها منه او ورثها منه منع جريان الماء في السياق او المجرى القديم العائد لغيره بدعوى انه مالح وأن جريانه قد يضر بارضه (م ١٢٣٢) ، بل له أن يكلف صاحبه باتخاذ دفع الضرر عنه اذا كان الضرر فاحشاً . كما أن صاحب المجرى أو السياق القديم مكلف بدفع الضرر عن صاحب العرصة اذا حصل عليه ضرر فاحش من امتلاء المجرى مثلا أو من تشققه (م ١٢٣٣) . وهل يضمن الاضرار التي حصلت من جراء التشقق أو الامتلاء ؟ ينظر أن كان قد سبق صاحب العرصة أن تقدم الى صاحب المجرى فانه يضمن والا فلا ، انظر المادة (٩٢٨) .

٤ - اذا كان لدار مسيل مطر على دار الجار من القديم فليس للجار منعه (م ١٢٢٩) . وكذلك إذا كانت دور في طريق خاص لها ميازيب تصب ماء المطر من القديم على هذا الطريق ومنه تمتد الى عرصة واقعة في أسفله تسيل منها الماء من القديم فليس لصاحب العرصة سد المسيل القديم . واذا سده فان الحاكم يأمر برفع السد واعادة المسيل الى وضعه السابق (م ١٢٣٠) .
لكن ليس لصاحب الدار في المسألة الاولى ولا لأصحاب الدور في المسألة

الثانية، ان يسيلوا في المسيل القديم مياهاً غير مياه الامطار واذا فعلوا فلصاحب العرصة منعهم ، كما أن لصاحب العرصة أن يسد المسيل الحادث (م١٢٣١) .

شركة الاباحة

ينحصر البحث في شركة الاباحة بالمواضيع الآتية :

١ ـ الاموال المباحة لكل أحد .

٢ ـ كيفية استملاك الاموال المباحة .

٣ ـ احكام الاموال المباحة

٤ ـ حق الشرب وحق الشفة

٥ ـ احياء الموات

٦ ـ حريم الابار والمجاري والاشجار المغروسة في الاراضي الموات

٧ ـ أحكام الصيد

الاموال المباحة

الاموال المباحة هي التي لم يتملكها أحد من الاشخاص المادية أو المعنوية وهي ثلاثة أنواع :

١ ـ نباتات ، وهي حشائش ، واشجار واثمار وأحطاب

٢ ـ جمادات وهي ارض (وتسمى الارض الموات)، وماء ، ونار، وركاز .

٣ ـ حيوانات برية كانت أو بحرية .

وقد بحثت المجلة في هذه الانواع كلها سوى الركاز استغناء عن البحث فيها بورود أحكامها في قانون الاراضي السابق وضعه على المجلة

النباتات المباحة هي :

١ ـ الكلاء و يسمى الحشيش (وهو النبات الذي لا ساق له مثل الحلفاء والنيل والكماة والفطر (م ١٢٤٢) الذي نبت من نفسه في أرض مباحة أم مملوكة أم موقوفة .

٢ ـ الاشجار التي نبتت بلا غرس في الاراضي المباحة كالاحطاب مثل الطرفاء ، والشوك ، وسائر الاشجار النابتة من نفسها في السهول والجبال المباحة (م ١٢٤٣) . اما الاشجار النابتة بنفسها في ملك أحد فهي ملكه ، مهما كان نوعها وليس لاحد أن يأخذ منها شيئاً بدون أذنه ، فاذا أخذ شيئاً منها بلا أذنه ضمن (م ١٢٤٤) . ووجه الفرق بين الحشيش والشجر ان الحشيش كالزرع لا ينبت على وجه البقاء فلا يعد كالجزء من الارض ، فهو مباح اينما نبت وأما الشجر فانه ينبت على وجه البقاء فهو كجزء من الارض ولهذا يدخل في بيع الارض بلا ذكر على ما سبق في كتاب البيوع ، فاذا نبت في أرض مملوكة فهو لمالكها تبعاً للارض لانه كجزئها .

٣ ـ الثمار التي على الاشجار المباحة (م ١٢٥٩) باستثناء الثمرة الحاصلة على الاغصان المتكونة من عملية التطعيم ، فاذا طعم احد شجرة مباحة فان الاغصان الناتجة تكون مملوكة له وكذلك الثمار الحاصلة في تلك الاغصان (م ١٢٤٥) ، وكذلك الحكم في التطعيم إذا اجراه أحد لنفسه في الاشجار المشتركة مع غيره غير أن لشريكه أن يكلفه بقطع تلك الاغصان واذا اقتسمتا الارض فوقعت الاشجار المطعمة في نصيب غير المطعم كان له ان يكلفه بقطع الاغصان و إذا كان قطعها مضراً بالشجرة فله ان يمتلكها

مستحقة للقطع ، على الحكم الذي سبق في المادة (١١٧٣) .

ومثل التطعيم في كون الناتج يعود إلى المطعم البذر، فان من بذر لنفسه في ارض بذرا فان الحاصل من البذر يكون له (م ١٢٤٦) سواء كان البذر ماله أو كان قد غصبه من غيره ، وسواء كانت الارض ملكه أو ملك غيره (فلو بذر احد بذراً في أرضه فلم ينبت و باع الارض ثم نبت البذر فالزرع له لا للمشتري). غير أنه إذا بذر في غير ملكه يضمن اجر المثل للاراضي اذا كانت وقفاً او مال يتيم أو أرضاً أميرية او معدة للاستغلال . أنظر المادة (١٠٨٩) .

الجمادات المباحة هي :

---

١ ـ المياه ، وهي أنواع :

أ ـ المياه الجارية تحت الارض (١٢٦٣) .

ب ـ مياه الآبار فانها مباحة لكل أحد ، واما نفس الآبار فان كانت محفورة للانتفاع بها لكل أحد فهي من الاشياء المباحة (م ١٢٣٦) . أما إذا حفر احد بئراً لنفسه فانها تكون ملكا له والماء يبقى مباحاً ، فله أن يمنع طالب الماء من الدخول في ملكه لاخذ الماء ، الا إذا لم يكن ماء مباح غيره قريباً ، فانه يكلف بان يختار أما الاذن بالدخول واما ان يخرج هو الماء الى الطالب .

ج ـ مياه البحار والبرك التي لم يعدها اصحابها لاحراز الماء ومياه الانهار غير المملوكة العامة كدجلة والفرات والانهار الخاصة (م ١٢٣٧ و ١٢٣٨ و ١٢٣٩). اما البرك التي صنعها أحد لاحراز الماء فانه اذا سال الماء المباح اليها ثم قطعه عنها فما تحصل في البركة يكون مملوكاً له غير مباح لاحد سواء كانت

البركة صغيرة ام كبيرة ، ومثل هذا ، الاهوار المعدة لاحراز المياه فان أصحابها قد أعدوها لخزن الماء لاستعمالها عند الحاجة .

ومثل هذا ، المياه التي تسحبها لجنة أسالة الماء عندنا ، فانها بعد خزنها وأحرازها توزعها على الناس، فالماء الذي سحبته من النهر ملكها غير مباح لاحد .

ثم أن الانهار المملوكة نوعان : نوع يسمى خاصاً ، وهو الذي يتفرق ماؤه وينقسم الى اراضي أشخاص معدودين ، ينفذ فيها ولا ينفذ إلى مصب . ونوع يسمى عاماً وهو الذي يتفرق وينقسم بين الشركاء لكن لا ينفذ جميعه في أراضيهم بل له بقية تصب في بركة مباحة للعامة . كنهر اليوسفية قرب بغداد فمياه البحار والبرك والانهار لكل أحد فيها حق الشفة . واما حق الشرب فثابت في البحار والبرك والانهار غير المملوكة العامة ، واما الانهار المملوكة خاصة كانت أو عامة فحق الشرب فيها محصور باصحابها وليس لغيرهم حق شرب فيها .

ويفرق النهر المملوك الخاص عن النهر المملوك العام بان الشفعة تجري في الخاص دون العام بمعنى أن من له حق شرب في العام لا شفعة له فيما يباع من الاراضي التي لها شرب فيه لان الماء كما كان فاضلا عن حاجة الشركاء لا يتصور احتمال تصور الشركاء في الشرب من شراء الاجنبي بخلاف الخاص فان الخلطة بين الشركاء قوية ، والتضرر من دخول الاجنبي بينهم محتمل (م ١٢٣٩) .

٢ ـ وارض وسيأتي الكلام على هذا النوع في بحث أحياء الموات .

٣ ـ وركاز وهي المعادن الطبيعية التي تنطبع بالنـار أي تقبل الطرق ، ودفائن الجاهلية، وحكمها الشرعي ان خمسها لبيت المال والباقي لمالك الارض التي وجدت فيها ان كانت الارض مملوكة وللواجد اجر المثل ، وان كانت غير مملوكه فخمسها للحكومة والباقي للواجد. أما المعادن غير المنطبعة كالاحجار الـكريمة والحصى والفحم الحجري والبترول فحـكمها الا شيء فيها للحكومة بل هي لمالك الارض فاذا كانت الارض ملك الحـكومة كانت كلها للحكومة وان كانت ملك الناس فهي للمالك وأما الدفائن الاسلامية وهي التي عليها نقوش الاسلام او التي لا نقوش عليها او عليها نقوش لا يمكن الاستدلال منها على كون الدفين جاهلياً او أسلامياً، فاذا وجدها أحد في ملـكه أو في أرض مباحة ولم يدع بهـا أحد فهي له ، وأما اذا ادعاه شخص وعرفها تعريفـاً تاماً وجب أعطاؤها له . وان وجدها في أرض مملوكة لغيره وادعاها مالـكها فهي للمالك وان لم يجد لها صاحبا اعتبرت لقطة فتجري عليها أحكام اللقطة .

كيفية استملاك الاموال المباحة:

تملك الاموال المباحة بوضع اليد عليها فكل من سبقت يده على مال مباح صار مالـكاً له مستقلا (م ١٢٤٩)، لان وضع اليد على المباح سبب من اسباب التملك وهي :

١ ـ العقود الناقلة للملـكية بعوض كالبيع والاجارة او بغير عوض كالهبة والاعارة والوصية .

٢ ـ الخلفية وهي عبارة عن الارث فان الوارث خلف عن مورثه وقائم مقامه على التركة .

٣ ـ احراز الاشياء المباحة أي وضع اليد عليها (م ١٢٤٨) .

ومعنى الاحراز وضع الشيء في موضع حصين وهو يختلف باختلاف الاشياء على ما سيجيء وزاد بعضهم إحياء الموات ، ولكنه في الحقيقة داخل ضمن السبب الثالث ، لان الاحياء ما هو الا وضع يد على الارض المباحة . وزاد بعضهم التضمين فان الغاصب يملك المغصوب بسبب التضمين حتى أنه لو كان قد باع المال المغصوب ثم أن المالك ضمنه مثله أو قيمته ، فان البيع السابق يعتبر صحيحاً لان الغاصب بسبب التضمين اصبح مالكا للمغصوب من الاصل . ولكن هذا في الحقيقة داخل ضمن السبب الاول لان التضمين في النتيجة ماهو الا مبادلة مال بمال .

ووضع اليد على نوعين :

---

١ ـ وضع حقيقي ، وهو أن يضع الشخص يده حقيقة على الشيء المباح ، كأن يلتقط الثمار المباحة ويقطع الاشجار المباحة ويمسك الصيد .

٢ ـ وضع حكمي : وهو ان يتخذ الشخص الوسائل المهيئة لوضع اليد حقيقة لوضع اناء لجمع المطر ونصب شبكة لاجل الصيد ، ولكن يشترط في احراز المباح ان يكون مقروناً بالقصد أي أن يقصد الشخص الاحراز فلو وضع يده على مباح من غير قصد لاحرازه لا يكون مالكا له بل يبقى مباحاً لكل أحد ، فلو وضع شخص إناء في محل بقصد أخذ ماء المطر ، أو أعد حوضاً أو صهريجاً لجمع الماء ، فالماء المجتمع في الاناء او الحوض او الصهريج يكون ملكا له . اما لو انه وضع الاناء في محل بغير قصد شيء أو قصد من وضعه تجفيفه في الهواء ، فنزل المطر واجتمع فيه ماء ، فالماء لا يكون ملكه بل يبقى

مباحاً لكل أحد . وكذلك لوجمع أحد الاعشاب الكائنة في نهر بقصد تطهير النهر ووضع ما جمعه في حافته ، فانه لا يكون مالكها ، بل تبقى مباحة لانتفاء قصد الاحراز فيها . ويختلف اعتبار الاحراز باختلاف الاشياء .

فاحراز الثمار يكون بالتقاطها ، واحراز الكلاء يتحقق بجمعه وحصده ، وتجريزه (م ١٢٥٢) ، واحراز الاحطاب يتحقق بمجرد احتطابها أي بمجرد جمعها (م ١٢٥٣) . واحراز الماء يكون بانقطاع جريه فالبئر الذي ينز ما فيه من الماء كالآبار المعروفة عندنا ، لايعتبر ماؤها محروزاً ، وكذلك ماء الحوض المتتابع الورود فمن كان له حوض يتتابع ورود الماء اليه لا يعتبر الماء المتجمع فيه مملوكا لصاحب الحوض مالم ينقطع عن جريه .

أحكام الاموال المباحة

يجوز لكل أحد ان ينتفع بالمباحات و يتفرع على هذا :

١ ـ ان لكل احد ان يحتطب من اشجار الجبال المباحة (م١٢٥٣) ،فاذا جمعها وتركها في الجبال فليس لغيره اخذ شيء منها ، فان أخذ شيئاً ضمنه للمحرز (م ١٢٥٨) .

٢ ـ ليس لاحد ان يمنع احداً من أحراز شيء مباح (م ١٢٥٥) .

٣ ـ لكل أحد ان يعلف حيوانه من الكلاء النابت في المحل الذي لا صاحب له وأن يحرز منه قدر مايريد (م ١٢٥٦) .

٤ ـ لكل أحد ان يحرز الكلاء النابت من نفسه في أرض مملوكة او موقوفة الا ان لصاحبها حق منع الناس من الدخول في ملكه (م ١٢٥٧) .

٥ ـ لكل احد أن يقطف ثمار الاشجار المباحة (م ١٢٥٩) .

٦ ـ لكل احد ان يصطاد

٧ ـ اذا أوقد شخص ناراً في ملكه فله أن يمنع الغير من الدخول في ملكه للانتفاع بها كما انه ليس لطالب الدخول ان يقول له اما ان تدعني ادخل او ان تخرج لي ما أريد من النار، لان عين الوقود ملكه، وهذا بخلاف الكلاء والماء فان نفس العين مشتركة فيهما. لكن لو أوقد احد ناراً في صحراء ليست بملكه فلسائر الناس ان ينتفع بها او يدفأ بها وان ينتفع من ضيائها وان يوقد قنديله منها، غير انه ليس له أن يأخذ منها بدون اذن صاحبها، لان الجمر عين مملوكة لصاحب النار (م ١٢٦١).

٨ ـ لكل احد حق السقي والشفة في البحار والانهر العامة.

لكن هذا الجواز في الانتفاع مشروط بالا يترتب عليه ضرر بالعامة. وان ترتب ضرر فان الانتفاع لا يجوز. ويتفرع على هذا:

١ ـ أن الحكومة لو أجرت جدول ماء الى قرية ليشرب الناس منها (أي للشفة) فليس لاصحاب البساتين في القرية سقي بساتينهم منه اذا كان ذلك مضراً باهل القرية.

٢ ـ اذا كان السقي من الانهر العامة يؤدي الى قطع الماء، او توقف سير السفن المألوف فيها، يمنع السقي.

٣ ـ يمنع الشخص من الاصطياد في محل يؤدي الاصطياد فيه الى اضطراب الناس، أو انهزام دوابهم من اعمال الصيد.

ويلاحظ انه لا يجوز التوكل على احراز المباحات، لان التوكل انما يعتبر في أمر لا يحق للوكيل اجراؤه مع ان احراز المباح حق لكل احد فالوكيل

عند الاحراز انما يقوم باجراء شيء هو من حقه فكل ما يحرزه الوكيل يكون له . نعم يجوز استئجار احد لاحراز المباحات كجمع الحطب ونقل الماء من النهر ، وامساك الصيد لان الاستئجار يتضمن تملك المنفعة فالمستأجر يتملك منفعة الاجير وهي عمله فما يحصل من العمل المملوك للمستاجر يكون له (م ١٢٦٠) .

حق الشرب وحق الشفة

حق الشرب هو نوبة الانتفاع بسقي الحيوان والزرع . وحق الشفة هو حق دفع العطش عن الانسان وسائر الحيوانات وحق أخذ الماء للطبخ والوضوء والاغتسال وغسل الثياب ورش الارض ونحو ذلك من لوازم الانسان فتسمية هذا الحق بحق الشفة من باب التغليب ، فليس المراد من حق الشفة حق دفع العطش فقط (م ١٢٦٢ و ١٢٦٣) .

ويظهر من التعريفين ان حق الشفة أخص من حق الشرب ، لان حق الشفة خاص بالحيوانات ، وحق الشرب يشمل الحيوانات والزرع .

وحق الشفه ثابت في جميع المياه التي لم تحرز أينما وقعت (م ١٢٦٦) . سواء كان الماء حلواً أو مالحاً ، حتى ان للشخص أن يأخذ للشفة من ماء المملحة التي هي ملك الغير وان لم يجز له أن يأخذ من ملحها ، لان هذا الماء قبل إنعقاده ملحاً هو ماء غير محرز فهو مباح للشفة .

وحق الشرب ثابت لكل أحد في البحار والبرك العامة والأنهار العامة كالفرات ودجلة . فلكل أحد أن يسقي أراضيه منها وأن يسقي الارض الموات التي أحياها وان يشق منها جدولا لارضه وحدائقه ، أو لانشاء

طاحون عليه ، وليس لاحد أن يمنعه عن شيء من ذلك ، اللهم إلا إذا أدى تصرفه الى الاضرار بالعامة كأن يفيض الماء من الجدول فيضر الناس ، أو أن ينقطع الماء عن الناس بالكلية ، أو أن يكون سبباً لمنع سير السفن في النهر ، أو نحو ذلك من الاضرار الفاحشة (م ١٢٦٥) ، فلكل أحد حينئذ أن يطلب دفع ضرره لان الابحر والانهر والبرك العامة حق لعامة الناس كالطريق العام فلكل أحد أن يطلب دفع الضرر .

أما الانهر المملوكة فان حق الشرب فيها خاص باصحابها فلهم وحدهم سقي أراضيهم منها . فلكل واحد أن يسقي أرضه في نوبته حتى انه لو فاض الماء الى أرض غيره ، وهو يسقى في نوبته السقي المعتاد لا ضمان عليه ، أما إذا كان يسقى على خلاف المعتاد أو في غير نوبته ، فانه يضمن الضرر الذي ينشأ من فيضان الماء الى أرض غيره كما يضمن لو كان الماء قد تسرب من ثقوب يعلم وجودها ولم يسدها وليس لاحد الشركاء في النهر المشترك أن يشق منه جدولا بدون اذن شركائه لسقي أرضه التي لها حق الشرب في النهر أو لسقي أرض أخرى لا شرب لها من ذلك النهر . لانه في الصورة الاولى يأخذ أزيد من حقه ، لان حقه هو النوبة المعينة وفي الصورة الثانية قد يؤدي الحال الى أن يثبت لتلك الارض حق الشرب من ذلك النهر بتقادم الزمان ، وليس له أن ينصب ناعوراً أو مضخة ولا أن يوسع فم النهر ولا أن ينصب عليه جسراً لان هذا تصرف في حق الغير وليس له أن يبدل نوبته القديمة ، ولا أن يسوق الماء في نوبته الى أرض أخرى لا شرب لها من النهر ، لئلا يؤدي ذلك الى ثبوت حق الشرب لها بتقادم الزمن وان فعل شيئاً من ذلك

باذن الشركاء جاز ولكن لهم ولورثتهم الرجوع عن هذا الاذن لانه بحكم الاعارة (م ١٢٦٩) .

وليس للعامة في الأنهر المملوكة كبيرة كانت أو صغيرة سوى حق الشفة ، فلهم أن يأخذوا منها لعطشهم وطبخ طعامهم وغسل ثيابهم ونحو ذلك ، ولهم أن يوردوا دوابهم منها ، إلا إذا خشي من ذلك تخريب حافات الأنهر أو انقطاع الماء منها ، كما إذا كانت صغيرة ضيقة ولهم أن يأخذوا منها بالقرب والجرار الى منازلهم لاستعمالها في حاجاتهم ، ولهم أن يأخذوا منها بالقرب مثلا الى سقي حدائقهم على الرأي الراجح الذي جرت عليه المجلة لان العادة قد جرت بذلك ، والعادة محكمة .

وليس لاحد من العامة أن يسقي أراضيه أو بساتينه من الانهر المملوكة ، ولا أن يجري منها ماء لتحريك طاحونه ، فان فعل فانه يمنع فاذا لم يصغ وأخذ يعيد فعله فانه يؤدب بالحبس ، ولا يضمن لاصحاب النهر شيئاً لان الماء وان كان يجري من نهرهم الخاص فانه ليس بملكهم لأنهم لم يحرزوه ، إذ الاحراز لا يكون إلا بانقطاع الماء عن الجري ، ولكن بما انه يجري في ملكهم كان لهم نوع اختصاص به ، فاذا سقى منه غيرهم ولم يمتنع ، حق للحاكم أن يؤدبه بالحبس .

و يسوغ لمن كان في ملكه ماء مباح أن يمنع طالبه من الدخول في ملكه بنفسه أو مع دوابه لاخذ الماء للشفة ، لان الدخول تصرف في ملك الغير ، لكن إذا لم يوجد في قربه ماء مباح غيره (وقدرت المسافة بميل) يجبر صاحب الملك على اخراج ذلك الطالب أو اعطائه الاذن بالدخول لاخذ الماء

فان لم يأذن ولم يخرج للطالب الماء ، فللطالب حق الدخول وأخذ الماء جبراً عليه ، على شرط ألا يحدث أي ضرر كتخريب حافة الحوض أو البئر أو النهر ، فاذا كان دخول الدواب مثلا يحدث مثل هذا الضرر فليس للطالب إدخال حيوانه (م ١٢٦٨) .

ثم ان حق الشرب يورث وان لم يجز بيعه وحده على ما سيجيء ، لكونه من الحقوق المجردة التي لا يجوز الاعتياض عنها . ووجه الفرق بين البيع والارث ، ان الارث يقع حكماً وجبراً لا قصداً واختياراً ، ويجوز ان يثبت الشيء حكما لا اختياراً وقصداً ، وتجوز الوصية به لان الوصية كالارث .

ولا يجوز بيعه ولا هبته ولا إجاره ولا التصدق به بدون الارض لانه اولا حق مجرد ، ثانياً لجهالة مقدار الماء الذي يخص النوبة ، فلو مات شخص وعليه ديون وله حق شرب فقط لا يباع بلا أرض لوفاء دينه ، والحيلة في ذلك أن يضم القاضي حق الشرب الى أرض لا شرب لها ويبيعها باذن صاحبها ثم ينظر الى قيمة الارض مع الشرب وقيمتها بدون حق الشرب فمقدار التفاوت بين القيمتين يعرف مقدار حق الشرب من الثمن فيصرف هذا المقدار الى ايفاء الديون . واذا لم يجد القاضي من يوافق على ضم حق الشرب الى ارضه وبيعها ، يشتري القاضي ارضاً بلا شرب محسوباً على التركة ثم يضم اليها حق الشرب ويبيعها ويصرف الثمن اولا الى ثمن الارض التي اشتراها . والفاضل يصرفه الى ايفاء الدين .

واذا اختلف الشركاء في مقدار الشرب ولا تعرف الكيفية في الزمان القديم فهو بينهم على قدر اراضيهم ، لان المقصود من الشرب الانتفاع بسقيها ،

فيقدر بقدرها ، بخلاف ما اذا اختصموا في الطريق وساحة الدار فانهم يستوون في ملك الرقبة على قدر رؤوسهم لان المقصود هو الاستطراق ، وهو على نمط واحد لا يختلف باختلاف كبر الدار او صغرها .

احياء الموات

الارض على خمسة انواع :

١ ـ المملوكة : وهي التي تملكها الناس بسبب من اسباب الملكية السالفة الذكر .

٢ ـ الموقوفة : وهي التي حبست عن تمليكها لاحد على ان يتصدق بمنفعتها . وهي نوعان : الموقوفة وقفاً صحيحاً ، والموقوفة وقفاً غير صحيح . وتعريف كل من النوعين والتفريق بينهما يشرح في درس الاوقاف وقانون الاراضي .

٣ ـ الاميرية : وهي التي تملكها الحكومة .

٤ ـ المتروكة وهي التي تركت لمنفعة العامة كالطرق العامة والميادين العامة والمراعي العامة ونحوها .

٥ ـ الموات : وسيأتي الكلام في تعريفها .

والاحكام المتعلقة بالنوع الاول هي عين الاحكام المتعلقة بسائر الاملاك فتجري عليها التصرفات والعقود التي تجري على سائر الاموال المملوكة والقسم الاول من النوع الثاني (وهو الاراضي الموقوفة وقفاً صحيحاً) يبحث عن احكامه في كتاب الاوقاف من علم الفقه . والقسم الثاني من النوع الثاني (وهو الاراضي الموقوفة وقفاً غير صحيح) والنوعان الثالث والرابع يبحث عن احكامها في قانون الاراضي وسائر القوانين الاخرى المتعلقة بالاراضي . والمقصود بالبحث هنا

هو النوع الخامس وهو الاراضي الموات :

وقبل تفصيل الكلام عن تعريف هذا النوع و بيان احكامه يلزم أن نعرف معنى (الاحياء) ومعنى (التحجير) .

فالاحياء بعرف الفقه والقانون هو جعل الارض الموات صالحة للزراعة .

كأن تسور بجدار يدفع عنها السيل أو ان يشق اليها جدول ، أو ان يبذر فيها بذر او أن تحرث ، أو أن يغرس فيها غراس (م ١٠٥١، ١٢٧٥، ١٢٧٦) .

والتحجير : هو منع الغير عن التسلط على ارض موات بوضع احجار أو شوك او نحو ذلك على حدودها . او بازالة الحشائش والشوك ونحوها منها ، أو حفر الآبار فيها او حرق الشوك الذي فيها (م ١٠٥٢ و ١٢٧٧ و ١٢٧٨) .

الارض الموات : هي التي لم تكن مملوكة لاحد ولا موقوفة ولا أميرية ، ولم تكن مرعى او محتطباً أو مقبرة لبلدة أو قرية وكانت بعيدة عن العمران بحيث أن جهير الصوت لو صاح من أقصى الدور التي في طرف البلدة او القرية لا يسمع منها صوته (م ١٢٧٠) . وقدر هذا بمسافة نصف ساعة .

فاذا لم تحقق فيها هذه الصور الخمسة الآنفة الذكر لا تعتبر مواتاً ، ولا يجوز احياؤها ، ومن أحياها لا يملكها ولو كان الاحياء بأذن ولي الامر .

توضيح القيود : ـ

١ ـ الا تكون مملوكة فان كانت مملوكة فهي لمالكها او لوارثه ان كان المالك أو الوارث معلوماً، واذا انقرض اصحابها تعود لبيت المال (أي الخزينة) فتصبح من جملة الاراضي الاميرية ، وان كان مالكها غير معلوم فهي لقطة يتصرف بها ولي الامر كسائر اللقطات . فاذا ظهر لها مالك ردها اليه ، حتى

انه لو احياها احد على انها موات ثم ظهر لها مالك وكان قد حصل في الارض نقصان من جراء زراعة المحيي كان لمالكها المذكور اخذها ويضمنه نقصان الارض الا اذا دفع بمرور الزمان واثبت دفعه .

٢ ـ الا تكون موقوفة فاذا كانت موقوفة فليس لاحد ان يحييها ولو كانت معطلة فلو احياها أحد على انها موات ثم ظهر انها وقف تؤخذ من يده الى الوقف وكان عليه الاكثر من أجر المثل ونقصان الارض . الا اذا دفع بمرور الزمان واثبت دفعه .

٣ ـ الا تكون اميرية ، فان كانت اميرية فلا يعتبر احياؤها ولا تكون ملكه ، وتنزع من يده الا اذا كان له حق القرار فيها فيتبع حينئذ حكم قانون الاراضي .

٤ ـ الا تكون مرعى ولا محتطباً ولا مقبرة لبلدة أو قرية فان كانت واحداً من هؤلاء فلا يعتبر احياؤها ، فلو أحياها أحد على زعم انها موات فانها تنزع من يده وترد الى اهل البلدة أو القرية ولو تصرف فيها اربعين سنة فأكثر لان مرور الزمان لا يجري على الاشياء التي وضعت للعامة كالطرق والمعابد والمقابر والمحتطب ونحوها .

٥ ـ ان تكون بعيدة عن العمران بحيث . . . الخ ، فاذا لم تكن بعيدة عن العمران بهذه المثابة لا يعتبر احياؤها ، ولو لم تكن مملوكة ولا وقفاً ولا أميرية ولا متروكة لمنفعة العامة . وهذا القيد اشترطه ابو يوسف وجرت عليه المجلة لان القريب من أقصى دور البلدة او القرية تترك عادة مرافق لاهلها (م ١٢٧١). ولم يشترط الامام محمد هذا الشرط .

حكم الاحياء :

من احيا ارضاً مواتاً باذن السلطان صار مالكاً لها فيتصرف فيها تصرف الملاك من بيع وهبة ووقف ونحو ذلك . واذا اذن السلطان او وكيله لاحد ان يحيي مواتاً على الا يكون مالكا لها بل ان له حق الانتفاع ، فاذا احياها كان له ان يتصرف فيها ، ولا تكون رقبتها ملكا له (م١٢٧٢) ، فليس له ان يبيعها ولا ان يهبها ولا ان يوقفها .

ونظراً لاحكام قانون الاراضي ان الارض الموات لا يؤذن بأحيائها على ان تكون ملكاً للمحيي بل يؤذن له بالاحياء على ان تكون الرقبة اميرية ، وحينئذ تنقلب الموات بعد أحيائها أرضاً اميرية ، يجري عليها سائر احكام قانون الاراضي بخصوص الاراضي الاميرية . ومن احيا مقداراً من اراضي ، اذن ولي الامر له باحيائها وترك باقيها ، فما أحياه يكون ملكا له ولا يملك الباقي الا إذا كان هذا الباقي قد وقع وسط الارض التي أحياها فيكون له أيضاً (م١٢٧٣) ، لان هذا الباقي يكون محاطاً بملك المحيي فليس له طريق ، فلا يمكن ان يؤذن لاحد باحيائه فيكون تابعاً لما احياه وهذا رأي محمد وقد ذهبت اليه المجلة . أما ابو يوسف فذهب الى ان الباقي اذا كان بمقدار النصف أو اكثر لا يكون تابعاً للقسم الذي قد حصل احياؤه فلا يكون ملكا للمحيي .

واذا أحيا شخص أرضاً مواتاً ثم أحيا اشخاص آخرون على التعاقب الاراضي المحيطة بما أحياه يتعين طريقها من الارض التي جرى أحياؤها اخيراً (م١٢٧٤) لان من أحيا الارض الاخيرة يعتبر المسبب لابطال حق الطريق .

اما اذا جرى الاحياء من اولئك الاشخاص بدون تعاقب بل في آن واحد

كان صاحب الارض التي سدت طريقها مخيراً في اتخاذ طريق من أي الجهات شاء .

حكم التحجير :

من حجر أرضاً مواتاً يكون احق من غيره باحيائها غير انه اذا لم يحيها خلال ثلاث سنين يسقط حقه ويجوز ان تعطى لغيره باذن ولي الامر . أي إذا أذن لاحد أن يحيي ارضاً مواتاً ، فحجرها فقط ، فانه لا يكون مالكا لها بمجرد هذا التحجير ، بل تبقى له احقية الاحياء الى ثلاث سنين فان احياها خلال هذه المدة فبها ونعمت ، والا سقط حقه وجاز اعطاؤها الى غيره ليحيها باذن ولي الامر .

ومن حفر بئراً في أرض موات بأذن ولي الامر فهي ملكه (م ١٢٨٠) مع اربعين ذراعاً من كل جانب من جوانبها غير ان الماء لا يكون ملكه لانه من المباحات على ما علم سابقاً . ولا تعتبر الارض قد حصل احياؤها بمجرد حفر البئر ، بل يعد ذلك تحجيراً لها .

هذه هي الاحكام المتعلقة بالاراضي الموات نظراً للمجلة وقانون الاراضي لكن قانون تسوية حقوق الاراضي رقم (٥ لسنة ١٩٣٢) قد جعل جميع هذه الاحكام غير مستقرة بل جرى على الغائها في اراضي العراق منطقة بعد منطقة بحيث اذا تمت تسوية حقوق الاراضي جميعها لا يبقى في العراق ارض موات لانه قد قسم الاراضي في المادة الخامسة الى اربعة اقسام :

١ ـ الاراضي المملوكة

٢ ـ الاراضي المتروكة

٣ ـ الاراضي الموقوفة . وهذه

اولاً : الموقوفة وقفاً صحيحاً

ثانياً : الموقوفة وقفاً غير صحيح

٤ ـ الاراضي الاميرية وهذه

اولاً : المفوضة بالطابو

ثانياً : الممنوحة باللزمة

ثالثاً : الاميرية الصرفة . — (ـم٥ـ قانون تسوية حقوق الاراضي) .

وصرح في الفقرة الاولى من المادة السادسة بان الاراضي الموات تدخل ضمن الاراضي الاميرية الصرفة وتكون نصوص قانون الاراضي بشأنها غير نافذة اعتباراً من تاريخ الاعلان عن منطقة التسوية .

ونصيب كثير من مسائل البحث الآتي نظراً الى قانون تسوية حقوق الاراضي كنصيب البحث السابق ، كذلك سنمر عليه سراعاً .

حريم الآبار والمجاري والاشجار المغروسة في الارض الموات

حريم الشيء عبارة عن مرافقه وحقوقه المحيطة به ، وسميت حريماً لانه لا يجوز لغير مالك الشيء ان يتصرف فيها او ان ينتفع منها بدون اذن المالك ، فحريم الشيء ملك لصاحب ذلك الشيء (م ١٢٨٦) .

حريم البئر المحفورة في الارض الموات باذن ولي الامر اربعون ذراعاً من كل جهة من جهاتها (م ١٢٨١) ، وذلك حفظاً لمائها من ان ينسحب فلا يجوز لاحد ان يحفر بئراً في تلك المنطقة ، والذراع ست قبضات ، كل قبضة اربع اصابع .

وحريم منبع العين الفوارة اي الماء المستخرج من الارض الموات باذن ولي الامر الجاري على وجهها، خمسمائة ذراع من كل جهة من جهاتها (م ١٢٨٢)، وكذلك حريم القناة الجارية فوق الارض (م ١٢٨٥) .

وحريم النهر الكبير الجاري في الارض الموات الذي لا يحتاج الى الكري كل وقت مقدار نصفه من كل طرف من طرفيه (م ١٢٨٣)، وحريم النهر الصغير في ارض الموات المحتاج الى الكري كثيراً (مثل الجداول والقنوات تحت الارض) مقدار ما يلزمها من المحل لاجل طرح الاحجار والطين عند كريها (م ١٢٨٤) .

اذا حفر احد بئراً باذن ولي الامر في ارض موات في القرب من حريم بئر لآخر، فحريم هذه البئر الجديدة اربعون ذراعاً من الجهات التي لم تجاور حريم البئر القديمة، اما من جهة هذه البئر فليس لصاحب البئر الحديثة ان يتجاوز حريم البئر القديمة (م ١٢٨٧) .

واذا حفر احد بئراً في ارض موات خارجاً عن حريم بئر اخرى فتسرب ماء البئر القديمة الى البئر الحادثة فلا شيء على صاحب البئر الحادثة لانه لم يقم بتصرف ممنوع (م ١٢٨٨)، بخلاف ما اذا حفر بئره في حريم بئر اخرى فان لصاحب البئر القديمة ان يطلب ردمها سواء تسربت الماء من بئره الى البئر الحادثة اولم يتسرب، لان الحريم ملكه فليس لغيره ان يتصرف فيه (م ١٢٨٦) .

وحريم الشجرة المغروسة بأذن ولي الامر في الارض الموات خمسة أذرع من كل جهة من جهاتها فلا يجوز لغيره غرس شجرة في هذه المسافة (م ١٢٨٩).

هذه هي الاحكام المتعلقة بحريم ما حفره احد أو شقه ، أو غرسه باذن ولي الامر في الارض الموات .

اما ما حفره ، أو شقه ، أو غرسه في ملكه أو ملك غيره فحكمه ما يلي :

إذا كان لاحد ساقية جارية في عرصة آخر ، فطرفاها بقدر ما يمسك الماء لصاحب الساقية ، وكذلك ما ارتفع في طرفيها إذا كان طرفاها مرتفعين ، واما ما جاور الطرفين او ما ارتفع من الطرفين فلا يعد حريماً لصاحب الساقية ، اذ لا حريم لاحد في ملك الغير فاذا اختلف صاحب الساقية وصاحب العرصة على ما جاور طرفي الساقية ، فان قام الدليل على ان احدهما واضع اليد ، كأن تكون له اشجار مغروسة على حافة الساقية مثلا ، فعملا بظاهر الحال يعتبر ما قام عليه الغراس ملكا لصاحب الغراس ، وان لم يقم الدليل بأن لم يكن هناك غراس مثلا ، او كان ولكن لم يعلم صاحبه ، فيعتبر صاحب العرصة هو المالك لما جاور طرفي الساقية ، عملا بظاهر الحال انظر المادة (٧٧) .

ولكن في هذه الحالة لصاحب الساقية ان يطرح الطين على طرفيها عند كريها (م ١٢٩٠).

ولا حريم لشخص حفر بئراً في ملكه ، فيجوز لجاره ان يحفر بئراً في ملكه قرب البئر الاولى وان كان ماؤها يتسرب الى البئر الثانية ، وليس لصاحب البئر الاولى منعه (م ١٢٩١) . ويرد هنا ان هذا ضرر فاحش لصاحب البئر الاولى (كما يظهر من تعريف الضرر الفاحش السالف الذكر) ، والضرر الفاحش ممنوع على ما سبق في المادة (١١٩٧) ويجب دفعه على ما سبق في المادة (١٢٠٠) ، ولهذا حكم بأن من حفر مخزن مرحاض جنب بئر

وكان المخزن ينز الى البئر فانه يكلف بدفع الضرر عن صاحب البئر، وقد يجاب بأن هذه المسألة لا تشبه المسألة المذكورة لان دفع ضرر المخزن لا يكلف صاحب المخزن ضرر فاحشاً، نظراً لامكان اتخاذ التدابير الفنية المانعة لتسرب القاذورات الى البئر، بخلاف الامر هنا فانه لا طريق لدفع تسرب الماء من البئر القديمة الى البئر الحادثة الا بردم الحافة وهو ضرر فاحش ايضاً والضرر لا يدفع بمثله .

الصيد وأحكامه

ينحصر البحث في هذا المقام بالمواضيع الآتية :

١ ـ تعريف الصيد .

٢ ـ جواز الاصطياد .

٣ ـ ما يجوز اصطياده وما لا يجوز.

٤ ـ حكم الصيد

١ ـ تعريف الصيد : الصيد لغة اقتناص الحيوان ، ويطلق على المصيد

أيضاً . وهو شرعاً وقانوناً الحيوان المتوحش بطبيعته من الانسان (م١٢٣٣)، والقادر على الامتناع عنه ، فغير المتوحش وهو المستأنس بالانسان لا يكون صيداً مثل الدجاج والحمام الداجن والخيل والابل والبقر والغنم ، وكذلك اذا اذا ما كان التوحش ليس طبعاً له بل عارضاً عليه، كما اذا توحشت بقرة أو بعير مثلا فانها لا تكون حينئذ صيداً ، فاذا اقتنصها أحد لا يملكها بل يبقى على ملك صاحبها . واذا صار الحيوان غير قادر على الامتناع من الانسان أي غير قادر على الفرار منه برجله أو بجناحه لا يكون صيداً ، بل يكون ملكا لمن اخرجه

عن القدرة على الامتناع فلا يجوز لغيره ان يصطاده ، و إذا اقتنصه فانه لا لا يملكه ، بل يبقى ملكا لمن احرجه فاخرجه عن القدرة على الامتناع ، فاذا رمى الصائد صيداً فجرحه جرحاً مثخناً لا يستطيع به الفرار خرج هذا الحيوان عن كونه صيداً فلا يجوز لشخص آخر ان يقتنصه ، بل هو ملك لمن احرجه فاخرجه . (م ١٢٩٥ و ١٢٩٦) .

وكما ان الحيوانات الاهلية لا تصاد لانها مستأنسة فهي ملك اصحابها كذلك الحيوان المستأنس بالانسان إذا وجد في البرية ، لا يعد صيداً ، فلا يصاد ، أي اذا رأى انسان في البرية حيواناً من الحيوانات المستأنسة فانه لا يجوز له اقتناصها ، لان المستأنسة ملك لاصحابها ، فالحمام المعلوم من شكله انه غير متوحش بدلالة امثاله ، والصقر الذي في رجليه جرس مثلا ، والغزال الذي في عنقه طوق ، اذا امسكها أحد تكون من قبيل اللقطة (م ١٢٩٤) ، ولا تكون صيداً مملوكا لمن أمسكه بل عليه ان يجري عليها مراسم اللقطة تماماً .

٢ ـ جواز الصيد : الحيوانات المتوحشة ، من جملة الاشياء المباحة فيجوز اصطيادها براً أو بحراً طيوراً كانت أم غيرها . والبحرية سواء كانت في البحار المالحة أم في الانهار العامة أو الخاصة .

ويجوز الصيد باية آلة كانت سواء كانت جارحة كالرمح والبندقية أو غير جارحة كالشبكة ، والحيوان المفترس المعلم كالكلب والطير الجارح كالصقر (م ١٢٩٢) ، او بأية وسيلة اخرى كالحفرة والبئر المعدين للاصطياد وكالحوض المعد لحصر السمك ونحو ذلك . ولكن الصيد البري لا يكون حلال الاكل

إذا وصل الى الصائد ميتاً إلا اذا صيد بآلة جارحة كالرمح والبندقية أو بالحيوان المعلم إذا جرحه مثل الكلب أو الصقر المعلمين .

٣ ـ ما يجوز صيده ومالا يجوز : ـ يجوز اصطياد أي نوع من الحيوانات المتوحشة سواء كانت مأكولة اللحم أم لا ، لان الحيوان قد يصاد للحمه ، وقد يصاد للانتفاع بجلده ، وقد يصاد لدفع شره ، حتى ان الهرة اذا كانت مؤذية يجوز قتلها ، ويفهم هذا الاطلاق من عموم لفظ (الحيوان) في المادة (١٢٩٣) ، ولكن صرح الفقهاء بانه إذا لم يقصد من الاصطياد الا التلهي بقتل الحيوان فانه يكون مكرهاً كراهة تحريم أي يكون عملاً قريباً من الحرام يعاقب عليه الانسان .

ولا يجوز اصطياد الحيوانات المستأنسة لانها ملك اصحابها ، وكذلك المستأنسة في الاصل ثم طرأ عليها التوحش ، كما لا يجوز اصطياد صيد الحرم إلا إذا كان مؤذياً كالاسد ونحوه فيجوز قتله ولو كان في الحرم . والمراد من الحرم الموضع المعين المحدد حول مكة المكرمة .

٤ ــ حكم الصيد :

من مسك صيداً فقد ملكه (م ١٢٩٦) . ومن أخرج صيداً عن حال صيديته ، بان جعله غير قادر على الفرار منه يعد ممسكا له (م١٢٩٢) فيملكه. أي ان مسك الصيد أما أن يكون حقيقة كما إذا وضع يده على الصيد فعلا وأما حكمي كما إذا حفر أحد حوضاً حصر فيه السمك فمنعه من الخروج فصار غير قادر على الفرار . ويتفرع على هذين الحكمين ما يأتي :

أ ــ إدا رمى شخص صيداً ففر بجرح لا يقدر معه على الخلاص صار

مالكا له (م ١٢٩٧) . وكذلك إذا مسكه كلبه المعلم أو طيره المعلم . أما إذا جرحه جرحا خفيفاً بحيث يقدر على الفرار معه فلا يكون ، مالكا له فاذا رماه شخص آخر فارداه أو مسكه بصورة من الصور ، فانه يكون مالكا له ، وكذلك لو رمى شخص صيداً و بعد ان أوقعه اقتدر على الفرار فنهض هارباً ، فاذا أخذه شخص آخر يكون مالكا له (١٢٩٧) .

ب — إذا أصاب صيادان صيداً برصاصهما في وقت واحد كان مشتركا بينهما (م ١٢٩٨) . وكذلك الحكم إذا أرسل صيادان كلبيهما أو طيريهما المعلمين فاصابا صيداً ، فانه يكون مشتركا بينهما (م ١٢٩٩) . لكن على شرط ألا يكون أحد الكلبين أو الطيرين قد جرح الصيد جرحا مثخنا قبل إشتراك الكلب أو الطير الثاني . فانه حينئذ يكون لصاحب الكلب أو الطير الذي قد جرح لان الجرح المثخن لا يقدر معه الصيد على الفرار ، فيخرج عن الصيدية ، ويكون ملكا لصاحب الجارح قبل إشتراك الكلب أو الطير الثاني ، وكذلك إذا أرسل اثنان كلبيهما فاوقع إحداهما صيداً والثاني قتله فان كان الكلب الاول قد أوصله إلى حالة لا يمكن التخلص معها فذلك الصيد لصاحبه و إلا فهو للثاني (م ١٢٩٩) .

ج — إذا هيأ شخص محلا في حافة الماء لاجل صيد السمك فجاءه سمك كثير ثم أخذ الماء بالقلة فان صار السمك بحالة انه يمكن أن يمسك من غير أن يصاد فهو لذلك الشخص ، و إن كان ذلك السمك بحالة انه لا يمسك إلا بان يصاد لكثرة الماء في المحل فلا يكون السمك لذلك الشخص و يسوغ لآخر أن يتملكه بالصيد (م ١٣٠١) . وكذلك الحكم إذا وجد سمك في

ساقية شخص أو جدوله بحيث لا يمسك من غير أن يصاد فانه يجوز لكل أحد أن يتملكه بالصيد (م١٣٠٠) ، ولكن يجوز لصاحب الساقية أو الجدول أن يمنع الغير من الدخول في ملكه للاصطياد .

د — إذا دخل صيد دار إنسان فاغلق بابه لاجل أخذه يصير مالكا له فليس لغيره أخذه (م ١٣٠٢) ، لكن إذا كان قد سد الباب لسبب آخر فمسكه غيره أو ان الغير قد مسك الصيد قبل أن يسد صاحب الدار بابه كان الصيد ملكا للماسك . وكذلك الحكم إذا وضع شخص في محل شيئاً ما للاصطياد كالشرك والشبكة فوقع فيه صيد فانه يملكه وليس لغيره أخذه ، لكن إذا كان قد وضع ذلك الشيء لا لقصد الاصطياد بل لغرض آخر كما إذا نشر الشبكة لاجل الجفاف فوقع فيها صيد، فانه لا يكون له ، فكل من يمسكه يملكه ، لان الامور بمقاصدها . كما لو وقع صيد في حفرة في أرض شخص فانه يجوز لكل أحد أن يتملكه بالاخذ ، لكن إذا كان صاحب الارض قد حفر الحفرة لاجل الصيد فانه يملكه (م ١٣٠٣). وكذلك الحكم إذا اتخذ حيوان وحشي محلا في بستان شخص و باض فيه أو فرخ فلا يكون البيض أو الفرخ ملكا له فاذا أخذه أحد فانه يملكه وليس لصاحب البستان استرداده منه ، لكن إذا كان صاحب البستان قد هيأ بستانه لاجل أن تبيض فيها الطيور وتفرخ فيها الحيوانات الوحشية فالبيض والفراخ تكون ملكا له (م ١٣٠٤) .

ه - إذا اتخذت النحل في بستان شخص محلا وانتجت فيه عسلا فالعسل لصاحب البستان سواء كان قد أعد بستانه لهذا الغرض أو لم يعده ، لان العسل معدود من منافع بستانه فلا يجوز لغيره أخذ شيء منه وعلى صاحب

البستان اعطاء عشر العسل الى بيت المال (م ١٣٠٥) إذا كانت بستانه في أرض عشرية أما إذا كانت في أرض خراجية فلا يعطى شيئاً ، أما نفس النحل فلا يكون ملكا لصاحب البستان ، لان البستان لا تعد عادة لاحراز الحشرات . بخلاف ما إذا اجتمع النحل في كوارة شخص فان النحل يكون ملكه بالاحراز ، فان الكوارة تعد لاحراز النحل عادة ، كما ان عسلها أيضاً يكون ملكا له (م ١٣٠٦) . وان ما يتوالد من النحل في كوارة شخص، ملك لصاحب الكوارة كما ان أصل النحل ملكه ، فاذا خرج ما توالد من نحل الكوارة ، وذهب الى كوارة شخص آخر فان لصاحب الكوارة الاولى أن يسترده ، لانه ملكه فليس لغيره احرازه (م ١٣٠٧) .

احكام النفقة على الملك المشترك :

ينحصر البحث في هذا الباب بالمواضيع الآتية :

١ – أحكام تعمير الملك المشترك .

٢ – أحكام المصاريف غير التعميرية اللازمة للمشترك .

٣ – أحكام كري الانهر واصلاحها .

وللاحاطة بالبحث وتسهيل تفريع الاحكام نورد ما يأتي :

أ – للحاكم ان يجبر الشريك الممتنع عن تعمير المشترك ميمه أوأو تر أو تطهيره إذا كان ذلك ضرورياً في الاحوال الآتية وله أن يأذن للشريك الراغب في التعمير أو الترميم ، بان يقوم بما رغب و يصرف القدر المعروف لذلك :

١ – إذا كان العقار مشتركا بين صغيرين أو بين وقفين .

٢ — إذا كان المشترك بئراً أو قناة احتاجت الى الترميم أو التطهير .

٣ — إذا كان المشترك نهراً وقد احتاج إلى الكري .

٤ — إذا كان المشترك سفينة وقد احتاجت الى الترميم .

٥ — إذا كان المشترك مضخة أو دولاب سقي أو نحو ذلك وقد احتاج الى التعمير .

ويمكن أن يقال على وجه العموم ، إذا كان المشترك صغيرين أو وقفين أو مما لا ينتفع به أنتفاعاً معتاداً مثل المضخة والمعصرة وسائر المكائن، اذا تعطل فان الشريك الممتنع يجبر على التعمير أو الترميم اذا اقتضى الحال ذلك .

ب — للحاكم أن يجبر الشريك الممتنع على الصرف على المشترك في غير الامور التعميرية في الاحوال الآتية :

١ — اذا كان المشترك زرعاً وقد احتاج الى السقي ونحوه من الامور الضرورية لاستقامة الزرع .

٢ — اذا كان المشترك دابة وقد احتاجت الى العلف والسقي .

ويمكن ان يقال على وجه العموم أن النفقة الضرورية لعدم هلاك المشترك بالكلية ، يجبر عليها الشريك الممتنع عن الصرف .

ج — ليس للحاكم ان يجبر الشريك الممتنع على التعمير في الاحوال الآتية ، ولكن له ان يأذن للشريك الطالب للتعمير بان يعمر المشترك .

١ — اذا كان المشترك غير قابل للقسمة لا يتمكن الشريك من الانتفاع بحصته مستقلاً كالحمام أو الطاحون .

٢ — إذا كان المشترك جداراً قد تهدم وكانت ارضه غير قابلة للقسمة لانشاء جدارين مستقلين عليهما .

٣ — إذا كان المشترك قابلاً للقسمة ، يتمكن كل شريك من الانتفاع بحصته مستقلاً .

٤ — إذا كان علو الملك لواحد وسفله لواحد وانهدم السفل أو احترق فلا يجبر صاحب السفل على البناء . أما إذا هدمه صاحبه فان الحاكم يجبره على إعادة البناء إذا طلب ذلك صاحب العلو .

احكام تعمير الملك المشترك :

تستند احكام هذا البحث على ثلاثة اصول :

الاصل الاول — إذا كان الشريك غير مضطر إلى تعمير المشترك لاجل الاستفادة من نصيبه ، إذا قام بالتعمير كان متبرعاً ليس له حق الرجوع على شركائه ، ويتفرع على هذا الاصل :

١ — إذا كان المشترك قابلا للقسمة فعمره بعض الشركاء على حساب الشركة من غير أذن الباقين ، كان متبرعاً ليس له الرجوع عليهم ، لانه يستطيع الانتفاع من حصته بقسمة المشترك فهو غير مضطر إلى تعمير المشترك كي يستفيد من حصته ، حتى أن الشريك لو راجع الحاكم طالباً اجبار شريكه على التعمير فليس للحاكم ان يجبره على ذلك بل للشريك ان يطلب القسمة فيفعل بعد القسمة بنصيبه ما يشاء (م ١٣١٢) ، وانما لا يجبره الحاكم على التعمير لان الاصل ان الشخص لا يجبر على تعمير ملكه ، خصوصاً اذا كان شريكه يستطيع افراز نصيبه . ويستثنى من هذا ما جاء في المادة (١٣١٩) الآتي البحث عنها .

٢ — إذا انهدم الجدار المشترك وكانت عرصة قابلة للقسمة بحيث يستطيع

كل واحد من الشريكين إذا يبني عليه جـداراً مستقلا ، فاذا بناه احدهما على حساب الشركة بدون إذن من الآخر كان متبرعاً ليس له حق الرجوع ، لانه غير مضطر إلى ذلك لما اسلفناه من العلة في الفرع الاول .

٣ ـــ إذا تهدم الحمام ونحوه من الاملاك غير القابل للقسمة تهدماً تاماً . فصار عرصة قابلة للقسمة ، فاذا بناه أحد الشركاء لحساب الشركة بدون أذن من شركائه كان متبرعاً للعلة السالفة (م ١٣١٤) . وانما قلنا هنـا وفيما سبق من الفرعين (لحساب الشركة) ، لان البناء إذا بناه لنفسه كان ملـكه ولـكن لـكل واحد من الشركاء طلب هدمه ، بخلاف ما إذا بناه للشركة ، فليس لهم طلب هدمه وانما يكون متبرعاً .

الاصل الثاني ـ إذا كان الشريك مضطراً إلى تعمير المشترك أو ترميمه ، الا انه لو راجع الحاكم لاجبر الحاكم شريكه على ذلك ، فأذا عمر أحد الشركاء أو رمم المشترك بدون إذن من شريكه أو من الحاكم كان متبرعاً ، لانه قد كان بأمكانه ان يراجع الحاكم قبل ذلك ، والحـاكم عنـد المراجعة اليه يجبر الشريك على التعمير أو الترميم ـ راجع الفقرتين (أ ، ب) في صدر البحث ـ ويتفرع على هذا الاصل :

١ ـــ اذا صرف أحد الشركاء في الزرع ما يقتضي لسقيه وسائر ضرورياته بدون اذن من شركائه أو الحاكم كان متبرعاً ليس الرجوع عليهم .

٢ ـــ اذا أنفق أحد الشركاء على تعمير المضخة والدولاب ونحوهما بدون اذن الشركاء أو الحاكم كان متبرعاً .

٣ ـــ اذا انفق على تطهير البئر المشتركة أو ترميمها ، أو أنفق على الدابة

المشتركة بدون اذن من شركائه أو اذن من الحاكم ، كان متبرعاً .

الاصل الثالث : اذا كان أحد الشركاء مضطراً إلى تعمير المشترك لاجل الاستفادة من نصيبه ، إلا انه لو راجع الحاكم لا يجبر الحاكم شريكه على التعمير (راجع فقرة (ج) في صدر البحث ، فاذا قام أحد الشركاء بالتعمير لحساب الشركة بدون إذن الشركاء لا يكون متبرعاً ، غير انه إذا كان قد قام بالتعمير باذن من الحاكم فانه يرجع على شركائه بما يصيب انصباءهم مما صرف وان كان بدون اذن من الحاكم فانه يرجع على شركائه بما يصيب انصباءهم من قيمة البناء . والسبب في هذا الرجوع المطلق هو ان الشريك مضطر من كل الوجوه إلى التعمير للتوصل إلى الاستفادة من حصته فلا يحمل صرفه على التبرع ، بل لاجل الحصول على الانتفاع من ملكه نظير هذا ان المعير للرهن المستعار إذا أدى دين الراهن لا يعد متبرعاً بدعوى ان الراهن لم يأمره بايفاء دينه ، لان المعير انما أدى الدين المذكور اضطراراً الى تخليص ماله . ويتفرع على هذا الاصل :

١ — إذا كان المشترك غير قابل للقسمة كالطاحون والحمام إذا احتاج إلى العمارة وطلب أحد الشريكين تعميره وامتنع الآخر ، فللطالب أن يصرف قدراً معروفاً باذن الحاكم ، ويكون ما يصيب شريكه مما صرف ديناً عليه فله ان يطالب شريكه به كما ان له ان يؤجر هذا الملك المشترك ويستوفي الدين من اجارته . وإذا صرف اكثر من القدر المعروف فليس له الرجوع بالزائد على القدر المعروف ، كما انه ليس للحاكم ان يأذن بصرف ما هو اكثر من القدر المعروف ، واذا أذن فلا عبرة لاذنه في المقدار الزائد ، لان التصرف

على الرعية منوط بالمصلحة ، وهذا الاذن تصرف على الغير بسبب الولاية العامة فيتقيد بمقدار المصلحة . و إذا صرف الشريك على تعمير المشترك بدون اذن من الحاكم فانه يرجع بما يصيب شريكه من قيمة البناء وقت التعمير لا بما صرف ، وذلك لان تعميره كان بدون اذن من شريكه (م ١٣١٣) و بدون اذن من الحاكم الذي يقوم اذنه مقام اذن الشريك ، فالرجوع كان سببه الضرورة ، والضرورة تقدر بقدرها ، وقدرها هو القيمة . والمراد بالقيمة القيمة وقت التعمير على ما مر آنفاً ، لا وقت الرجوع . وكيفية معرفة القيمة هي ان يقدر الخبراء قيمة المشترك قبل التعمير وقيمته بعد التعمير مباشرة فالفرق هو قيمة البناء وقت التعمير. لكن يلاحظ انه إذا كان ما صرفه الشريك المعمر هو اقل من قيمة البناء وقت التعمير فانه يرجع بما يصيب شريكه مما صرفه لا بالنسبة إلى قيمة البناء .

و يلاحظ ان الشريك الطالب للتعمير إذا لم يراجع شريكه ولم يطلب منه التعمير ، فعمر المشترك بدون إذن شريكه يكون متبرعاً كما هو الظاهر من تعبير المجلة (وامتنع الآخر) .

٢ — إذا تهدمت الابنية التي فوقانيها لواحد وتحتانيها لآخر ، أو احترقت فلكل واحد منهما ان يعمر ابنيته كالسابق ، لكن إذا امتنع صاحب التحتاني من البناء ، فلصاحب الفوقاني ان يعمر التحتاني باذن الحاكم ، وحينئذ له ان يرجع على شريكه بما صرف و يستوفي منه ذلك جبراً ، وله مع ذلك منع صاحب التحتاني من التصرف فيه الى ان يستوفي دينه (م ١٣١٥) ، فيكون التحتاني في يده بمنزلة الرهن . والسبب في ذلك هو

ان إذن الحاكم بحكم اذن صاحب التحتاني ، فكأن صاحب الفوقاني قد قام بالتعمير باذنه فكان ما صرفه ديناً صحيحاً عليه . لكن إذا امتنع صاحب التحاني من التعمير و بنى صاحب الفوقاني ابنية التحتاني بدون اذن من الحاكم فان له حق الرجوع على صاحب التحتاني بقيمة البناء وقت التعمير لا بما صرف .

٣ — إذا تهدم الحائط المشترك وكان للشريكين حمولة عليه او هدمه أحد الشريكين المذكورين ، وطلب احدهما التعمير وامتنع الآخر فللطالب ان يعمره باذن الحاكم و يرجع على شريكه بما صرف وله ان يمنع شريكه من وضع حمولته على الحائط الى ان يستوفي دينه . و إذا عمر بدون اذن الحاكم ، فانه يرجع بقيمة الحائط وقت البناء (م ١٣١٦) . اما إذا كان لاحدهما فقط حمولة دن الثاني فاذا طلب صاحب الحمولة من شريكه بناء الحائط فامتنع الشريك فالحكم كما سبق ، و إذا طلب بناء الحائط الشريك الثاني الذي لا حمولة له ، فامتنع الثاني فليس للطالب ان يجبر الشريك على البناء ، و إذا بنى هو الحائط يكون متبرعاً والفرق ظاهر . و إذا هدم الحائط المشترك أحدهما فانه يضمن حصة شريكه . ولا يخفى ان حكم هذا الفرع يختص فيما اذا كانت ارض الحائط غير قابلة للقسمة بحيث يستطيع كل واحد من الشريكين بناء جدار مستقل ، فان كانت قابلة للقسمة ، فلا جبر على أحد ولكل منهما حق الامتناع عن التعمير ، و إذا امتنع أحدهما وعمر الآخر كان متبرعاً ، و إذا لم يكن للشريكين على الحائط المشترك حمولة ، وتهدم الحائط فكذلك لا يجبر احدهما على بنائه ، فاذا طلب احدهما البناء وامتنع الآخر لا يجبر ، واذا بنى

الطالب يكون متبرعاً ، لكن إذا تهدم الحائط الى ان يرى أحد الطرفين مقر نساء الآخر فانهما يجبران على اتخاذ سترة بينهما (م ١٣١٧) ، كما ان الجدار المشترك إذا كان مائلا للانهدام وامتنع أحدهما عن هدمه وطلب الآخر الهدم فانه يجبر على الهدم بالاشتراك ، حتى لو كان لاحدهما حمولة عليه ، وتقدم الى صاحبه يطلب الهدم فلم يهدم ثم سقط الجدار فانه يضمن نصف ضرر شريكه ، أما إذا سقط قبل أن يتقدم اليه فانه لا يضمن ، لذلك كان الاحوط فيما إذا كان جدار مشترك قد أصابه الوهن ان ينذر الشريك الراغب في الهدم شريكه بطلب الهدم مشتركا ، أو ان يشهد عليه بطلبه ذلك ، حتى يحتفظ بحق الضمان فيما إذا انهدم الجدار وحصل عليه ضرر منه .

٤ — إذا كان عقار مشتركا بين صغيرين أو بين وقفين واحتاج إلى التعمير بحيث أن بقاءه على حاله مضر وطلب أحد الوصيين أو المتوليين التعمير وامتنع الآخر فانه يجبره على التعمير من مال الصغير أو الوقف إذا تحقق عنده بعد الكشف ان في ترك الحائط على حاله ضرراً بالصغيرين أو الوقفين (م ١٣١٩) . اما إذا كان الضرر يلحق احدهما فقط كأن تكون لاحدهما فقط حمولة على الجدار دون الثاني فيجبر وصي الصغير ذي الحمولة أو متولي الوقف ذي الحمولة على التعمير ، وعلى هذا ان يطلب من شريكه الاشتراك معه في التعمير فان امتنع يجري حكم الفرع الثالث الآنف الذكر ، واذا لم يكن للوقف غلة فللمتولي أن يستدين على الوقف باذن الحاكم و يعمر ، وليس له أن يستدين بلا إذن الحاكم إلا إذا كان الواقف قد شرط له حق الاستدانة لتعمير الوقف ، كما ان للمتولي ان يصرف على تعمير الوقف

من مال نفسه بالقدر المعروف باذن الحاكم على ان يستوفي ما صرفه من غلة الوقف .

الاصل الرابع :

اذا قام احد الشركاء بالتعمير باذن من شركائه فان له حق الرجوع عليهم بنسبة انصبائهم ، وان اذن الحاكم عن الشريك الغائب يقوم مقام اذنه . ويتفرع على هذا :

١ — اذا عمر احد الشريكين الملك المشترك باذن الآخر وصرف من ماله مقداراً معروفاً رجع عليه بحصته من المصرف (م ١٣٠٩) ، سواء كان قابلا للقسمة ام لا . اما اذا صرف ازيد من القدر المعروف فلا يرجع عليه بشيء زائد على المعروف . والقدر المعروف يتحقق بواسطة الخبراء . واذا اختلف الشريكان في مقدار النفقة فان كان القائم بالتعمير قد صرف من ماله فعليه البينة لانه يدعى ديناً في ذمة شريكه والشريك ينكر فعليه البينة ، وان كان قد صرف من المال المشترك الذي في يده فالقول له مع يمينه لانه امين . واذا بنى احد الشركاء لنفسه بناية في الملك المشترك باذن شركائه كان البناء له ، وتكون الارض عارية يطبق عليها حكم المادة (٨٣١) .

٢ — اذا احتاج الملك المشترك الى التعمير ، واحد الشريكين مثلاً غائب ، فللحاضر ان يعمر المشترك باذن الحاكم ، ثم يرجع على شريكه بنصيبه (م ١٣١٠) من القدر المعروف مما صرفه سواء كان الملك المشترك قابلاً للقسمة ام لا . اما اذا عمر بدون اذن من الحاكم ، فينظر فان كان المشترك قابلاً للقسمة ، فانه يكون متبرعا ، على ماسبق في الاصل الاول ،

وان كان غير قابل للقسمة فانه يرجع على شريكه بحصته من قيمة البناء وقت التعمير على مامر في الاصل الثالث ٠

واذا عمر احد الشركاء المشترك بدون اذن شركائه يتبع في الحكم مامر في الاصول الثلاثة السابقة . ولا تناقض بين المادتين (١٣١١) و (١٣١٣) كما يظهر من ظاهرهما ، حيث ان الاولى قالت بان الشريك اذا عمر بدون اذن من شركائه يكون متبرعاً ، سواء كان الملك المشترك قابلا للقسمة ام لا ، مع ان المادة الثانية افادت انه اذا كان المشترك غير قابل للقسمة وعمره احد الشركاء بدون اذن من سائر شركائه فانه يرجع عليهم بما يصيب انصباءهم من قيمة البناء وقت التعمير . ووجه دفع التناقض هو ان المادة (١٣١١) فسرت معنى التبرع بان ليس للشريك اذا عمر بدون اذن شركائه ان يرجع بما صرف ولم تنف عنه حق الرجوع مطلقاً ، وان المادة (١٣١٣) جعلت حق الرجوع بما يصيب شركاءه من القيمة ولم تثبت له حق الرجوع بما صرف ، فلا تناقض .

احكام المصاريف غير التعميرية اللازمة للمشترك :

احكام هذا البحث تستند الى الاصل الثاني والثالث والرابع المارة الذكر في احكام تعمير المشترك . ويتفرع على ذلك :

١ — اذا كان حيوان مشترك بين اثنين مثلا وابى احدهما عن تربيته فللآخر ان يراجع الحاكم فيأمر الحاكم الممتنع بان يصرف على الحيوان بالاشتراك مع شريكه او ان يبيع حصته (م ١٣٢٠) ، فاذا لم يلب الامر يأذن الحاكم

الشريك ان يصرف عليه بالقدر المعروف و يرجع على شريكه بحصته مما صرف لانه يصير ديناً عليه .

٢ — اذا أبي احد الشريكين عن سقي الزرع المشترك اومداراته وراجع الآخر الحاكم فانه يجبر الشريك الآبى على الانفاق فان اصر على ابائه فالحاكم يأذن للشريك الثاني بالصرف بالقدر المعروف على ان يرجع على شريكه بنسبة نصيبه مما صرف . وعلى هذين الفرعين فقس

احكام كري الانهر واصلاحها :

تستند احكام هذا البحث على اربعة اصول :

١ — ان خزينة الدولة (بيت المال) معدة للمصالح العامة .

٢ — الغرم بالغنم .

٣ — الضرر العام يدفع بتحمل الضرر الخاص .

٤ — ان اذن الحاكم حسب ولايته العامة يقوم مقام اذن الشريك . فيعتبر المأذون من قبله كالمأذون من قبل الشريك نفسه . و يتفرع على هذه الاصول :

١ — ان مؤنة كري الانهر غير المملوكة كدجلة والفرات على بيت المال (خزينة الدولة) وكذلك اصلاح حافاتها وترميم المسنيات اللازمة في بعض النقاط في حفاتها ، ووضع السدود لصيانة القرى والمزارع من الغرق . فان مؤنه جميع ذلك على الخزينة لانها معدة للمنافع العامة ، الا انه اذا كان في الخزينة ضائقة لاسعة فيها للقيام بمثل هذه المصالح يجبر الناس على القيام بها

فيجبرون علي السكري عند ضيق حال الخزينة (م ١٣٢١) ، لان في عدم السكري ضرراً عاماً ، وتكليف الناس بالسكري ضرر خاص بالنسبة الى الضرر الاول ، وهو يتحمل لدفع الضرر العام ، وكيفية اجبار الناس على السكري هي ان من كان قادراً على العمل فله ان يشتغل بنفسه ، ومن لم يكن ذا قدرة على العمل يدفع نفقة العمال .

اما الانهر المملوكة عامة كانت أو خاصة ، فمؤنة كريها على اصحابها (م١٣٢٢) لان الغرم بالغنم ولا يجبر اصحاب حق الشفة على الاشتراك في أمر السكري لان مؤنة الملك انما تترتب على مالكه ، وأهل الشفة انما يأخذون من الماء المباح غير المملوك . واذا طلب بعض أصحاب حق الشرب تطهير النهر المشترك وأبى البعض ، فان كان هذا النهر عاما يجبر الآبي على السكري مع شركائه ، اختياراً لاهون الضررين ولا يكلف بيت المال بالسكري . وان كان النهر خاصاً فالحاكم يجبر أيضاً الممتنع على السكري ، كما ان للراغب في السكري أن يصرف ما يقتضي للسكري من القدر المعروف باذن الحاكم ، ثم يرجع على شركائه بنسبة ما يصيبهم من المصروف (م ١٣٢٣) ، وان صرف بدون اذن الحاكم يكون متبرعاً ، لانه ليس مضطراً لاجل الاستفادة من النهر الى أن يقوم هو وحده بالسكري لان هنا طريقة لاجبار الشركاء على الاشتراك معه ، وهي مراجعة الحاكم فان الحاكم يجبر الشريك على السكري ، كما له ان يأذن لاحد الشركاء في السكري على ان يرجع على شركائه ، فاذا لم يراجع الراغب في السكري الحاكم يكون متبرعاً .

واذا امتنع جميع اصحاب النهر المملوك عن السكري فان كان عاماً

فللحكومة اجبارهم على الـكري لان في تركه ضرراً عاماً . وان كان خاصاً لا يجبرون على الـكري (م ١٣٢٤) .

٢ إذا لم يكن لاهل الشفة طريق الى النهر المملوك أو غير المملوك ، إلا من أرض مملوكة ، فلهم حق المرور منها الى النهر لاجل الاحتياجات كشرب الماء وتطهير النهر ، وليس لصاحب الارض منعهم ، لان في المنع ضرراً عاماً ، وفي المرور ضرراً خاصاً والضرر العام يدفع بالخاص. (م ١٣٢٥).

٣ — مؤنة كري النهر المشترك واصلاحه تبتدئ من الاعلى أي من مدخل الماء الى النهر ، وجملة أرباب الحصص متشاركون في ذلك ، لان ايصال الماء الى أرض كل واحد منهم متوقف على كري المدخل فصاعداً فـكلهم محتاجون الى ذلك ، فاذا جاوز الـكري أرضاً لصاحب حصة ، برئ صاحب تلك الحصة من المؤنة اللازمة لما بعد حصته ، لان وصول الماء الى حصته حينئذ لا يتوقف على كري ما جاوز أرضه ، فلا يغنم من الـكري الذي يجري فيما جاوز أرضه ، فلا يغرم منه شيئاً ، لان الغرم بالغنم .

وعلى هذه الصورة يجري الاشتراك في المؤنة الى ان ينتهي الـكري . مثلا نهر مشترك بين عشرة ، واحتاج الى الـكري ، فمصاريف أعلى حصة الى نهاية أراضيها على الجميع ، والمصاريف اللازمة بعد ذلك ، على التسعة ، واذا جاوزوا أراضي الحصة التالية للحصة الاولى ، فالمصاريف اللازمة بعد ذلك ، على الثمانية ، وهلم جرا . فكلما تجاوز الـكري أرض واحد من الشركاء يخلص من مصاريف الـكري لما بعد حصته . فصاحب الحصة السفلى ، وهي التي في منتهى النهر ، يشارك الجميع في المصرف ، ثم يقوم بمصاريف حصته وحده ،

ويظهر من هذه الطريقة ان صاحب الحصة العليا أقل مصرفاً من الجميع ، وصاحب الحصة السفلى اكثر مصرفاً منهم ، والعلة في ذلك ، هي ان الغرم بالغنم (م ١٣٢٧) .

ومؤنة كري السياق المالح المشترك ، والمجاري القذرة المشتركة ، على العكس مما تقدم في كري النهر المشترك ، أي ان مؤنة الكري تبتدئ من منتهى السياق أو المجرى أي من المحل الذي يصب فيه ، فالجميع يشتركون في مصاريف القسم الكائن في عرصة صاحب الحصة السفلى ، وكلما تجاوز الكري الى ما قبل الحصة التي قد انتهى أمرها ، يبرأ صاحبها من الاشتراك في المصرف مع أصحاب الحصص التي قبله ، وهكذا الى ان يصل الكري الى صاحب الحصة العليا ، فيتحمل وحده مؤنة الكري في عرصته ، والسبب في ذلك ان صاحب الحصة السفلى ينتفع من الكري في عرصته فقط ، إذ برفع الترسبات والاوساخ من هذا القسم تندفع حاجته ، فهو غير محتاج الى كري الاقسام التي قبل عرصته ، بخلاف من قبله فانهم محتاجون الى كري القسم الاسفل ، إذ لا تجري المياه القذرة من دورهم ، والمياه الملحة من أراضيهم إذا كان المصب مسدوداً ، والغرم بالغنم . ويتضح مما مر ان صاحب الحصة السفلى أقل مصرفاً من غيره ، وصاحب الحصة العليا اكثر مصرفا من غيره (م ١٣٢٧) .

ومثل ما تقدم في الحكم مؤنة تعمير الطريق الخاص ، فان صاحب الحصة التي في مدخل الطريق الخاص يشارك بقية أصحاب الطريق في المصرف العائد لحصته فقط ، فاذا تجاوز التعمير حدود ملكه خلص من الاشتراك في المصاريف لبقية أقسام الطريق . وكلما تجاوز التعمير ملك أحد يخلص من

الاشتراك في المصرف مع من بعده . فيكون صاحب الملك الذي في منتهى الطريق اكثر الجميع مصرفا . وصاحب الملك الذي في مدخل الطريق أقل مصرفا (م ١٣٢٨) . والسبب في ذلك ان الذي يقع ملكه في مدخل الطريق غير محتاج في مروره الى تعمير ما بعد ملكه فلا ينتفع من تعمير ذلك ولا يغنم ، وهكذا الثاني والثالث ، ولكن من كان ملكه في المنتهى محتاج في مروره الى تعمير الطريق من مبدئه الى منتهاه ، فهو غانم من تعمير الجميع والغرم بالغنم .

شركة العقد

شركه العقد نوعان : تجارية وهي المبحوث عنها في قوانين التجارة . وغير تجارية وهي المبحوث عنها في المجلة وينحصر الكلام فيها بالمواضيع الآتية :

١ — تعريف شركة العقد . ٢ — اركانها .

٣ — صفتها . ٤ — اقسامها .

٥ — شروطها . ٦ — احكامها .

٧ — انتهاؤها .

تعريف شركة العقد : — هي تعاقد اثنين او اكثر على العمل للكسب ، بواسطة الاموال ، او الاعمال ، او الوجاهة ، ليكون الغنم والغرم بينهما حسب الاتفاق المشروع . ولو تعاقد اثنان على ان يكون رأس المال لواحد والربح له ايضاً والآخر عليه العمل فقط يكون العقد بضاعة لا شركة . ولو كان رأس المال من واحد وعلى الآخر العمل والربح مشترك بينهما، يكون العقد مضاربة

ولو كان رأس المال من واحد والعمل على الآخر والربح كله للعامل كان العقد قرضاً لا شركة .

وهذا التعريف يشمل سائر انواع شركة العقد بوضوح ، بخلاف التعريف الوارد في المادة (١٣٢٩) فان ظاهره لا يشمل الا شركة الاموال ، ولاجل ان يشمل الانواع السائرة لابد من ان يتوسع في تفسير (رأس المال) الوارد في المادة المذكورة ، بان يراد منه ما هو اعم من المال اوالعمل اوالاعتبار . وهذا يقتضي الخروج عن الاصطلاح الفقهي والاصطلاح القانوني انظر المادة (١٠٥٧) .

اركان شركة العقد : ركن شركة العقد الايجاب والقبول لفظاً اومعنى ، وليس للايجاب والقبول صيغة مخصوصة ، بل كل ما دل على الشركة يعتبر ايجاباً وقبولاً . كأن يقول شخص لآخر شاركتك بقدر كذا رأسمال للتجارة بالحنطة اوللتجارة مطلقاً وقبل الآخر تنعقد الشركة لفظاً ، كما تنعقد لفظاً لواعطى شخص لآخر مائة دينار مثلاً قائلاً ضع انت مثلها ليكون المجموع رأس مال تجارة لنا غنمه وعلينا غرمه ، فقبل الآخر . ومثال انعقادها معنى ما اذا اعطى شخص لآخر مائة دينار مثلا قائلا له ضع أنت مثلها واشتر المال الفلاني و بعه ، أو اشتر أموالا واتجر بها ، ففعل الآخر ذلك فان القبول قد حصل معنى (م ١٣٣٠) :

وكما تأتي شركة العقد لاجل شراء الاموال و بيعها ، فقد تأتي للشراء فقط ، كما لو قال شخص لآخر ما تأخذه اليوم من الاموال التجارية ، أو من المال الفلاني فليكن مشتركا بيننا فقبل الآخر ، فانه تنعقد بينهما شركة على

الشراء ذلك اليوم ، أو على شراء ذلك المال المعين . ولـكن لا يجوز لاحدهما بعد ذلك بيع شيء من المال المشترك بدون اذن صاحبه ، لان الشركة التي تحققت في الصورة المذكورة هي شركة على الشراء فقط .

ان الشركة وان كانت تتم بالايجاب والقبول ، غير ان الاجدر بها أن توثق بتنظيم صك يذكر فيه مقدار ما يضعه كل واحد من رأس المال ، وكيفية توزيع الربح ، وهل لهما أن يعملا منفرداً اومجتمعا ، وهل لـكل واحد أن يعمل حسب رأيه ، وهل لاحدهما أن يبيع نسيئة ونحو ذلك من الامور التي يتفق عليها الشركاء من الشروط المقبولة .

صفة شركة العقد :

صفة عقد الشركة انه عقد جائز غير لازم فلـكل واحد من الطرفين ان ينفرد بفسخه بدون رضاء الآخر ، لـكن علم الآخر شرط لاعتباره ، فلا تنفسخ الشركة ما لم يكن فسخ أحدهما معلوماً للآخر . وذهب بعض الفقهاء الى ان الشركة إذا كانت موقتة أي محددة بمدة فليس لاحد الشركاء أن يستبد بالفسخ بدون رضاء الآخرين غير ان هذا الرأي مرجوح ، وأرى ان الاخذ به نظراً للعصر الحاضر من توسع الاعمال التجارية وتكثر الشركات، هو الاوفق والانفع على ما لا يخفى .

أقسام شركة العقد :

تنقسم شركة العقد الى قسمين :

١ – شركة مفاوضة

٢ – شركة عنان

و ينقسم كل واحد من النوعين الى ثلاثة اقسام :

١ — شركة بالاموال

٢ — شركة بالاعمال

٣ — شركة بالوجوه

شركة المفاوضة

أي شركة المساواة ، لتفويض كل واحد من الشركاء أمور الشركة للآخرين تفويضاً تاماً . فاذا عقد اثنان أو اكثر عقد الشركة على المساواة التامة بينهم كانت الشركة مفاوضة . والمراد بالمساواة التامة هو التساوي في التصرف بان يتمكن كل واحد من الشركاء في التصرف بكل المال ، والتساوي في رأس المال ، بان يضع كل واحد منهم مقداراً مساويا لما وضعه الآخر ، والتساوي في الربح ، والا يكون لاحدهم شيء يصلح أن يكون رأس مال خارجا عن الشركة كما لو توفي رجل فاتخذ اولاده مجموع ما انتقل اليهم من أبيهم رأس مال على ان يشتروا و يبيعوا من سائر الانواع و يقسم الربح بينهم على التساوي. وشركة المفاوضة في الاموال نادرة (م١٣٣١).واما الخلط بين الاموال فليس بشرط ، حتى لو عقدا الشركة ولم يخلط المال ، فاشترى احدهما بضاعة بما وضعه من رأس المال قبل الخلط يكون الربح والخسار مشتركا على وجه المساواة .

شركة العنان

العنان مأخوذ من العن وهو الظهور وسميت عناناً لانها تعقد بين الشركاء

لا على وجه المساواة بل حسب ما يعن و يظهر لهم من الاتجار في كل الاشياء أو بعضها ، ومع التساوي في رأس المال والربح او التفاضل . وهي كل شركة تنعقد بين الشركاء لا على التساوي المذكور في شركة المفاوضة . فكل شركة مفاوضة اختل فيها شيء من التساوي في الامور المذكورة فيها ، تنقلب عناناً (م ١٣٣١) .

شركة الاموال

هي ان تنعقد الشركة على ان يضع كل واحد من الشركاء مبلغاً معلوماً من النقود على ان يعملوا جميعاً او كل واحد او مطلقاً على ان يكون بينهم الربح ، وعليهم الخسار (م ١٣٣٢) .

شركة الاعمال

وتسمى شركة التقبل وشركة الصنائع . هي ان تعقد الشركة على ان يتقبل الشركاء الاعمال من الغير وما يتحصل من الاجرة يقسم بينهم : فالعمل هو رأس المال هنا ، ولا يشترط اتحاد الشركاء في الحرفة بل تصح مع اختلافهم كنجار ، وحداد ، وخياط ، وصباغ ، فلكل واحد من الشركاء ان يتقبل الاعمال .

ويجوز ان يشترط الشريكان ان يتقبل احدهما العمل على ان يقوم الآخر به فالشركة صحيحة والربح يقسم بينهما حسب الاتفاق الواقع بينهما ، ولكن لا يجوز التنصيص على عدم جواز تقبل احدهما الاعمال مثلا لو اتفق اثنان على ان يتقبل احدهما العمل ، وان يعمل الآخر على شرط ان ليس له حق في تقبل العمل كانت الشركة غير جائزة وتكون الاجرة فيما لو وقع عمل في هكذا عقد

للعامل ، كذلك لو تقبل ثلاثة اشخاص عملاً من غير ان يسبق بينهم عقد شركة ، فقام احدهم بالعمل فان الاجرة تكون خالصة له .

شركة الوجوه : هي ان يتعاقد اثنان فاكثر على ان يشتروا الاموال نسيئة بوجاهتهم واعتبارهم و بعد بيعها يقتسمون الربح بينهم . (م ١٣٣٢) . و يكون الربح أو الخسارة بنسبة مايملكه كل واحد مما يشترونه ، فان كان الشرط على ان يكون لاحدهم نصف وللآخر النصف كان الربح كذلك، وان كان الشرط على ان يكون لواحد من الربح النصف وللآخر الثلث وللآخر السدس كان الربح بهذه النسبة .

والشركات بأنواعها كما يجوز ان تكون مطلقة يجوز ان تكون محددة بمدة معينة .

شروط شركة العقد :

شروط شركة العقد نوعان :

١ — شروط عامة تنتظم الانواع الستة

٢ — شروط خاصة ، تخص نوعاً دون نوع .

الشروط العامة في شركة العقد

أ — ان يكون كل من العاقدين اهلا للوكالة ، لان شركة العقد مطلقاً ، تتضمن الوكالة ، لان كل واحد من الشركاء قد أذن لصاحبه بالتصرف في رأس مال الشركة ، او في تقبل الاعمال ، أو في استجلاب السلع و بيعها . فكما ان العقل والتمييز شرط في الوكالة فكذلك كون الشريكين عاقلين مميزين .

ان يكون العاقدان اهلاً للوكالة

شرط في شركة العقد (م ١٣٣٣) فتبطل الشركة اذا اختلت الاهلية .
لايقال اذا كانت الشركة تتضمن الوكالة فان من شرط الوكالة ان يكون الموكل به معلوماً مع انه في شركة العقد مجهول، لانا نقول ان الغرض من تشريع الشركة هو توسيع الاعمال والقيام بالمضاربات التجارية فكل واحد من الشركاء وكيل عن شريكه ضمناً وتبعاً لعقد الشركة فيكفي لذلك كونه اهلا للوكالة ، وأما اشتراط جميع الشروط اللازمة في الوكالة فانه مما يبطل الغرض الاصلي من تشريع الاشتراك، ولان الوكالة هنا تبعية ويغتفر في التابع ما لا يغتفر في غيره فيطلب من شروط الوكالة اهلية التصرف في الشركاء وهذا القدر كاف لصحة تصرفات الشركاء والاستفادة من عقد الشركة .

ب — ان يكون نصيب كل شريك من الربح معلوم القدر (م ١٣٣٦) فان كان مجهولا فسدت الشركة وحينئذ يقسم الربح بين الشركاء بنسبة حصصهم من رأس المال . والجهالة تنشأ اما من الترديد كأن يقال لك ربع او ثمن ، او من السكوت كأن يسكت عن بيان مقدار مايصيب كل واحد من الربح .

ج — ان يكون الربح جزءاً شائعاً كالنصف او الثلث . فاذا تقاول الشركاء على ان يكون لأحدهم مقدار معين مقطوع من الربح كانت الشركة باطلة (م ١٣٣٧) لاحتمال انقطاع الشركة بسبب هذا الشرط بان لايتحصل ربح يزيد على ما شرطوه لصاحب الحصة المعينه ، فلو اشترطوا ان يكون لاحدهم خمسين ديناراً مثلاً من الربح كان العقد باطلاً ، ويقسم الربح حينئذ بنسبة حصص الشركاء من رأس المال .

نصيب كل شريك من الربح معلوم القدر

ان يكون الربح جزءاً شائعاً

الشروط الخاصة بشركة المفاوضة بصورة عامة :

يشترط في شركة المفاوضة علاوة على الشروط العامة الآنفة الذكر ما يأتي :

١ — ان تعقد بلفظ (المفاوضه) او تعداد جميع شروطها واحكامها في مجلس العقد ، و إلا كانت عناناً (م ١٣٦١) .

٢ — ان يكون كل من المتعاقدين اهلا للكفالة (بان يكون بالغاً ، عاقلا ، مطلق التصرف في امواله) لأن شركة المفاوضة تتضمن الكفالة فلابد من كون كل واحد من الشركاء اهلا للكفالة (م ١٣٣٤) .

٣ — ان يتساوى الشركاء في التصرف فلا تصح بين الكبير والصغير ، كما ان هذا لا يصح من جهة اخرى وهي كون الصغير ليس اهلا للكفالة ، فهذه الشروط الثلاثة تلزم في كل نوع من انواع شركة المفاوضة .

٤ — و يزاد في شركة المفاوضة بالاموال شرط آخر وهو ان يتساوى الشركاء في الاموال التي تصح ان تكون رأس مال في الشركة وهي النقود والفلوس الرائجة ، والذهب والفضة غير المضروبين اذا تعورف التعامل بهما . ويشترط ان يبقى هذا التساوي من يوم العقد الى يوم انفساخ الشركة ، حتى انه لو ملك احد الشركاء شيئاً مما يصح الاشتراك فيه بسبب ارث او وصيه او هبة فزاد على ما يملكه الآخر من ذلك انقلبت الشركة عناناً (م ١٤٦٢) . أما التفاوت فيما لا يصح أن يكون رأس مال كأن يملك احد الشركاء عروضاً أو عقاراً أو دينا لا يملك الآخر مثلها ، فلا يضر في شركة المفاوضة (م ١٣٥٨) .

و يزاد في شركة المفاوضة بالاعمال :

١ — كون كل واحد من الشركاء له حق التقبل .

٢ — كون كل واحد منهم مسؤولاً وضامناً للعمل الذي تقبله هو أو شريكه ، مسؤولية متساوية .

٣ — كون كل من الشركاء مسؤولا عن الدين الذي يترتب بذمة الآخر من اجرة اجير او دكان وما شا كل ذلك . فاذا اشترط الشركاء بينهم شرطاً يخل باحد هذه الشروط لم تكن الشركة مفاوضة (م ١٣٥٩) .

ويزاد في شركة المفاوضة بالوجوه :

١ — المساواة في الشراء والبيع .

٢ — المساواة في المال المشتري ، بان تكون حصة كل واحد مساوية للآخر .

٣ — ان يكون ثمن المال مشتركا بينهم على التساوي .

٤ — كون الربح متساوياً بينهم ، (م ١٣٦٠) .

فاذا اختل شرط من هذه الشروط لم تكن مفاوضة .

شروط الشركة بالاموال

يشترط في الشركة بالاموال سواء كانت مفاوضة او عناناً

١ — ان يكون رأس المال من الاثمان المطلقة التي لا تتعين بالتعيين في المعاوضات ، وهي النقود المضروبة من الذهب والفضه (م ١٣٣٨) واما غير المسكوك من الذهب والفضة فان جرى التعامل فيه بين الناس عرفاً وعادة فهو في حكم النقود يصلح ان يكون رأس مال ، والا فهي بحكم العروض

(م ١٣٤٠) ، وكذلك المسكوكات النحاسية الرائجة ، فانها تعد من النقود عرفاً ، فتصلح ان تكون رأس مال .

٢ — ان يكون رأس المال عيناً ، لا دينا في ذمم الناس (م ١٣٤١) لان الدين وصف في الذمة فلا يصلح واسطة للمبادلة .

ان يكون رأس المال عيناً لا ديناً

اما الاموال غير المعدودة من قبيل النقود كالعروض والعقار ، فلا يجوز ان تكون رأس مال الشركة وذلك لسببين ؟ الاول وقوع النزاع لجهالة قيمة مايعود لكل واحد من العروض والعقار . الثاني ان ذلك يؤدي الى ربح الشخص مما لم يضمن كما لو كان قيمة احدى الدارين مثلا ازيد من الاخرى ، فاذا بيعت ، كان الفضل ايضاً مشتركا على تقدير جواز الاشتراك على غير النقود وما في حكمها . نعم يجوز ان يتخذ شخصان العروض والعقار رأس مال الشركة اذا باع كل منهما نصف ماله بنصف مال الآخر مثلاً ، وبعد حصول اشتراكهما في المالين على الوجه المذكور ، يجوز لهما عقد الشركة على هذا المال المشترك ، كما لو كان لاثنين نوع مال من المثليات ، مثلا لكل واحد مقدار حنطة فخلطا احدهما بالآخر فبعد حصول شركة الملك يجوز لهما أن يتخذا هذا المال المخلوط رأس مال ويعقدا عليه الشركة . (م ١٣٤٢) والحاصل يجوز عقد الشركة على مال مشترك شركة ملك ، لانه في هذه الصورة ينتفي السببان المانعان الآنفا الذكر ، لمعلومية قيمة ما يخص كل واحد من الملك المشترك ، ولان ربح كل واحد هو ربح مما يضمنه وهو نصيبه من الملك .

ويتفرع على لزوم الشروط المذكورة في شركة الاموال ،

أ — لو كان لواحد برذون مثلا وللآخر اكاف فاشتركا على ان ان يؤجراه ، وما حصل من اجرته يقسم بينهما ، فالشركة فاسدة ، والاجرة الحاصلة تكون لصاحب البرذون ، وان الاكاف لكونه تابعاً للبرذون لا يكون لصاحبه حصة من الاجرة ، لكنه يأخذ اجراً مثل اكافه (م ١٣٤٣) والسبب في هذا الحكم هو ان المنافع لا يجوز ان تتخذ رأس مال ، كالعروض والعقار ، وذلك لاستلزامها ربح الشخص ما لم يضمن ، لان المنافع لا تملك الا باحد امور ثلاثة .

١ — بتملك العين ذات المنفعة ٢ — بالعقد ، كتملك المنفعة بالعارية ، والمأجور ، ٣ — بالضمان كانتفاع الغاصب من الشيء المغصوب . ولا شيء من هذه الثلاثة في مسألة الاشتراك على البرذون والاكاف على الوجه المذكور اما لو وضع احدهما برذوناً والآخر اكافاً لكي يعملا بهما ، أي يتعهدا ويتقبلا نقل اموال الناس على ان يكون الربح مشتركاً ، صح ، لان استحقاق كل منهما من الربح لسبب تعهده النقل ، وهو سبب من اسباب استحقاق الربح .

ب — لوكان لواحد سيارة وللآخر امتعة وتشاركا على تحميل الامتعة في السيارة وبيع الامتعة على ان ما يحصل من الربح يكون مشتركا بينهما ، فالشركة فاسدة ، والربح يكون لصاحب الامتعة لانه ربح نشأ من ملكه ، ولصاحب السيارة اجر مثل سيارته ، وكذلك لوكان لواحد دكان وللآخر امتعة فتشاركا على بيع الامتعة في الدكان ، على ان ما يحصل من الربح مشترك بينهما ، فالشركة فاسدة والربح كله لصاحب الامتعة ، ولصاحب الدكان اجر مثله

(م ١٣٤٤) ووجه هذا الحكم هو ان رأس مال احدهما عين غير معدودة من النقود ، ورأس مال الآخر منفعة ، وكلاهما لا يصح ان يكون رأس مال وانما استحق صاحب السيارة او صاحب الدكان اجر المثل لانه لم يرض باستعمال ماله مجاناً ، ولما كان العقد الواقع فاسداً يرجع الى اجر المثل ، وذهب الامام احمد الى ان مثل هذا الاشتراك جائز لوقوع التراضي ، وهو يقطع النزاع وهو رأي يصلح ان يكون مأخذاً لحكم المادة (٦٤) من اصول المرافعات كما ان القاعدة (يعمل بالشروط قدر امكان) ، تصلح ان تكون مأخذاً لذلك .

احكام شركة العقد :

قبل البحث في احكام شركة العقد على اختلاف انواعها ، لا بد من معرفة الضوابط الآتية .

١ — العمل يتقوم بالتقويم فللشركاء ان يقدروا قيمة عمل كل واحد منهم حسب اتفاقهم ، اذ من الجائز ان يكون عمل شخص اكثر قيمة بالنسبة الى عمل شخص آخر . مثلاً اذا كان شريكان شركة عنان ورأس مالهما متساوٍ وكلاهما ايضاً مشروط عمله ، وشرط اعطاء احدهما حصة زائدة من الربح ، يكون الشرط جائزاً لانه يجوز ان يكون احدهما في الاخذ والعطاء امهر وعمله ازيد وانفع (م ١٣٤٥) . وان ضمان العمل نوع من العمل ، فاذا تشارك اثنان شركة صنائع بان وضع احد في دكانه شخصاً من ارباب الصنائع على ان ما يتقبله هو ويتعهده من الاعمال يعمله ذلك الشخص ، وما يحصل من الكسب يكون بينهما مناصفة ، تكون الشركة جائزة ، ويكون استحقاق

صاحب الدكان نصف الحصة بسبب كونه ضامناً ومتعهداً للعمل ، فان ضمان العمل والتعهد به نوع عمل ، فلا يقال انه ربح ممالم يضمن ، ويكون صاحب الدكان قد نال في ضمن ذلك منفعة دكانه ايضاً ، فليس له ان يطلب أجرة مستقلة عن دكانه ، ويكون استحقاق الشخص الآخر نصف الحصة بسبب عمله الذي قام به (م ١٣٤٦) .

٢ — استحقاق الربح يكون باحد امور ثلاثة :

١ — بسبب المال ، كما في شركة الاموال ، وكما في المضاربة نظراً لرب المال .

٢ — بسبب العمل ، كما في شركة الاعمال وكما في المضاربة نظراً للمضارب .

٣ — بسبب الضمان ، كما في شركة الوجوه ، وكما في ضمان العمل في تقبل الاعمال فان من اخذ احداً من ارباب الصنائع تلميذاً عنده واعمله ما يتقبله ويتعهده من العمل بنصف اجرته مثلاً يكون جائزاً ، والكسب الحاصل يكون نصفه مستحقاً للتلميذ بعمله ، ونصفه للاستاذ بسبب تعهده وضمان العمل (م ١٣٤٧) .

فاذا لم يوجد واحد من هذه الاسباب الثلاثة فلا استحاق للربح ، فلو قال شخص لآخر انت اتجر بمالك على ان الربح مشترك بيننا لا تنعقد بينهما شركة والربح كله لرب المال لان الثاني لا مال له في االقضية ولا عمل ، ولا ضمان . فلا يستحق شيئاً من الربح الحاصل (م ١٣٤٨) .

٣ — استحقاق الربح انما هو بالنظر الى الشرط المعتبر المذكور في عقد

الشركة ، وليس هو بالنظر الى العمل الواقع ، ، فالشريك المشروط عمله ولو لم يعمل ، يعد كأنه عمل فيستحق من الربح ، مثلاً الشريكان شركة صحيحة في حال اشتراط العمل على كليهما اذا عمل احدهما يقسم الربح بينهما على الوجه الذي شرطا ، ولو لم يعمل الآخر بعذر او بغير عذر ، لان كل واحد منهما وكيل عن الآخر ، فبعمل شريكه يعد هو كانه عمل ايضاً ، فيستحق من الربح (م١٣٤٩) اما الضرر والخسار فيتحملانه بنسبة حصة كل واحد منهما من رأس المال . هذا اذا كانت الشركة صحيحة ، كما مرت الاشارة اليه، اما اذا كانت فاسدة فان كانت الشركة شركة اموال فالربح لرب المال ، وان كانت شركة اعمال فللعامل .

٤ — الشريكان كل واحد منهما امين الآخر . ويتفرع على هذا .

اولاً : ان مال الشركة في يد كل واحد منهما في حكم الوديعة ، فاذا تلف في يد واحد منهما او طرأ نقصان على قيمته بسبب تعيبه بلا تعد ولا تقصير لا يكون ضامناً حصة شريكه (م ١٣٥٠) اما اذ تلف او تعيب بتعد منه او تقصير فعليه الضمان ، كما ان عليه الضمان ايضاً لو مات مجهلاً مال الشركة .

ثانياً : اذا عقد أحد الشركاء شركة مع شخص آخر بلا اذن من شريكه وسلمه مال الشركة فضاع المال في يده ، ضمن الشريك العاقد حصة شريكه من المال انظر الماده (٧٩٠) .

ثالثاً : اذا ادعى الشريك ضياع المال في يده بلا تعد منه او تقصير يصدق بيمينه ولو كان ادعاؤه الضياع بعد موت شريكه .

٥ — رأس المال في شركة الاموال يكون مشتركاً بين الشريكين

متساويا او متفاضلا ، ولكن في صورة كون رأس المال من واحد والعمل من الآخر توجد اربعة احتمالات .

الاول : ان يشترط اشتراكهما في الربح فتكون المعاملة مضاربة .

الثاني : ان يكون الربح كله للعامل ، فتكون المعاملة قرضا .

الثالث : ان يكون الربح كله لرب المال فتكون المعاملة بضاعة والعامل مستبضعا (م ١٣٥١) .

الرابع : ان يكون الربح كله للعامل والخسارة على رب المال ، فتكون المعاملة قرضا ويكون شرط الخسارة على رب المال باطلا .

أحكام شركة العنان :

شركة العنان تفترق عن شركة المفاوضة من وجوه :

١ — لايشترط في الشريكين شركة عنان كون رأس ماليهما متساويين . وهو شرط في المفاوضة .

٢ - لايشترط ان يدخل كل واحد من الشركاء جميع ما يملكه من النقد في رأس المال . بل يجوز ان يعقد الشركة على مجموعه او على مقدار منه . وهو شرط في المفاوضة (م ١٣٦٥) .

٣ — يجوز في شركة العنان عقدها على جميع أنواع التجارات أو على نوع تجارة خاصة (م ١٣٦٦) ، اما المفاوضة فلا تعقد على نوع تجارة خاصة ، بل لابد ان تكون على جميع انواع التجارة ، كما هو الظاهر من عبارة (ان يشتروا ويبيعوا من سائر الانواع) في المادة (١٣٣١) ، وهو قول بعض

الفقهاء ، وذهب البعض الآخر الى جواز عقدها على نوع تجارة خاصة .

٤ ــ لا يشترط في العنان المساواة في الربح بين الشركاء (م ١٣٦٧) بل يجوز ان يشترط لأحدهم أكثر من غيره . وهوشرط في المفاوضة (م ١٥٣٨) . لكن اذا كانت شركة العنان فاسدة فان الربح يقسم على مقدار رأس المال ويلغى شرط الزيادة لاحد الشركاء (م ١٣٦٨) ، وذلك لان الزيادة انما تستحق بالشرط ولما فسد العقد فسد ما في ضمنه وهو الشرط . وبقي سبب الاستحقاق للربح مجرد رأس المال فيكون هو المقياس لتوزيع الارباح .

واما الضرر والخسار الواقع بلا تعد اوتقصير فانه ينقسم على كل حال على مقدار رأس المال ولا ينظر الى اي شرط يخالف ذلك ، والسبب في هذا الحكم هو ان الضرر قد حصل بسبب اضطراري والاسباب الاضطرارية لاتتبع الشروط الواقعة فى العقد ، فالاسباب الناشئة عنها ايضا لاتتبع المقاولة ، لان الحكمة فى الزام المتعاقدين بالشروط الواقعة فى العقد هي كونها ممكنة الاتباع والتحرز ، فاذا كانت تلك الاسباب لايمكن التحرز منها ، يكون الالزام بها غير موافق للمعقول ، وحينئذ يلغى الشرط ، ويكون العقد صحيحاً فيقسم الضرر على نسبة الحصص من رأس المال ، لان الشروط الفاسدة لاتفسد الشركة .

وان احكام شركة العنان تفصل فيما يلي :

١ أ ــ اذا تساوى الشريكان في رأس المال وشرطا من الربح حصة زائدة لاحدهما وكان عمل الاثنين مشروطا ، فالشركة صحيحة . اما اذا شرط عمل احدهما وحده ينظر : فان كان العمل مشروطاً على الشريك الذي

حصته من الربح زائدة تكون الشركة صحيحة ايضاً والشرط معتبر ويكون ذلك الشريك مستحقاً ربح رأس ماله بماله والزيادة بعمله . وان كان العمل مشروطا على الشريك الذي حصته من الربح قليلة ، فهو غير جائز ، ويقسم الربح بينهما على مقدار رأس المال، لانه اذا قسم الربح على الوجه الذي شرطاه ، لا يكون شيء مقابل من مال او عمل او ضمان للزيادة التي يأخذها الشريك الذي لم يعمل ، واستحقاق الربح انما هو بواحد من هذه الامور (م ١٣٧١) .

واذا شرط تقسيم الربح بينهما على مقدار رأس المال سواء كان رأس المال متساويا او متفاضلا كان الشرط صحيحا ويقسم الربح بينهما على مقدار رأس المال سواء شرط عمل الاثنين او شرط عمل الواحد وحده . لان استحقاق الثاني غير العامل للربح انما هو بسبب رأس ماله الذي اعتبر مقياساً لمقدار الربح في هذه الصورة (م ١٣٧٠) .

واذا شرط تقسيم الربح على التساوي بين الشريكين اللذين رأس مالهما متفاضل ، فان كان قد شرط عمل الاثنين او عمل الشريك ذي الحصة الزائدة من الربح – اي قليل رأس المال فالشركه صحيحة والشرط معتبر ، وان شرط عمل ذي الحصة القليلة من الربح — اي الذي رأس ماله اكثر فهو غير جائز ، ويقسم الربح بينهما على مقدار رأس مالهما (م ١٣٧٢) لان العمل لما كان على من رأس ماله اكثر كان استحقاقه من رأس ماله اقل ، فالزيادة في الربح لشريكه بالنظر لكمية رأس ماليهما يكون بلا سبب من عمل او ضمان او مال .

ب- يجوز للشريك في شركة العنان المطلقة، أن يبيع بالنقد والنسيئة مما قل

او كثر ولو بغبن فاحش (م ١٣٧٣) وان يشتري بمال الشركة الذي في يده بالنقد والنسيئة ، ولكن ليس له ان يشتري بالغبن الفاحش ، فاذا اشترى به يكون له لا للشركة . ووجه الفرق بين البيع بالغبن الفاحش والشراء بالغبن الفاحش ان في الشراء به تهمة الاحتمال ان الشريك انما كان قد اشترى المال لنفسه ثم لمارأى الخطر ، حمله على الشركة ، فلم يبح للشريك ذلك . ولما لم يكن هذا الاحتمال موجوداً في البيع جاز . ولانتفاء هذا الاحتمال في شركة المفاوضة جاز للشريك البيع والشراء بالغبن الفاحش ولا يجوز للشريك الذي ليس في يده رأس مال الشركة ان يشتري مالا لأجل الشركة ، باي وجه كان ، فان اشترى كان المال له لا للشركة (م ١٣٧٥) ووجه هذا الحكم انه لو ابيح للشريك ذلك لزم ان يرجع على شريكه بنصف ما اشتراه به مثلا ، وهذا مما يستوجب تحميل الشريك ديناً اكثر مما تعهد به للشركة، وهذا بمعنى الاستقراض للشركة، مع انه ليس لاحد الشريكين أن يستقرض لحساب الشركة بدون اذن شريكه أي ليس له ان يستقرض زيادة في رأس مال الشركة . ومن جهة اخرى ان شخصية كل من الشركاء لم تنعدم في شركة العنان بخلاف الامر في المفاوضة ، فللعناني ان يتصرف لحساب نفسه دون المفاوض، ولما كان الامر كذلك لم يكن له ان يتصرف على حساب الشركة الا من الاموال الخاصة بها، ولما لم يكن في يده شيء منها ، حمل تصرفه على حساب نفسه .

ج — إذا اشترى احد الشركاء شيئاً ليس من جنس التجارة التى عقدت بخصوصها الشركة ، كان المال خاصاً بالشريك المشترى وحده سواء اشتراه بمال نفسه ام بمال الشركة ، لان هذا المال لما لم يكن من الاشياء التى يشملها

عقد الشركة لا تتحقق وكالة المشتري عن شريكه ، فيقع الشراء اذاً للشريك الذي قام بالشراء ، مثال ذلك مالوكانت الشركة معقودة على الاتجار بالحنطة ، فاشترى احد الشركاء حصاناً او نحوذلك ، كان الحصان خاصاً بالمشتري لا للشركة. واذا كان قد دفع ثمنه من اموال الشركة فانه يضمن لشريكه نصيبه مما دفع. واذا كان احد الشركاء بيده مال الشركة وقد اشترى شيئاً من جنس التجارة التي عقدت الشركة بخصوصها كان للشركة ، ولا يكون خاصاً به سواء اشتراه بمال الشركة ام بماله الخاص به ، حتى ولو اشهد وقت الشراء بانه انما اشتراه لنفسه، الا انه اذا اشتراه بماله الخاص ، فانه يستوفي مادفع من اموال الشركة ، مثال ذلك لو اشترى احد الشركاء مقداراً من التبر ، وكانت الشركة معقودة على التجارة بالتبر ، كان التبر المشترى للشركة لاخاصاً بالشريك المشتري (م ١٣٧٦) وقد عللوا ذلك بانه بمنزلة الوكيل بشراء شيء معين ، والوكيل بشراء شيء معين ليس له ان يشتريه لنفسه .

٤ د — حقوق العقد تعود لمن يتولى العقد من الشركاء على ما هو مقرر في القاعدة (حقوق العقد انما تعود للعاقد) . وحقوق العقد مثل تسليم المبيع، وقبض الثمن ، والمطالبة به ، وتأجيل الثمن ، والتوكيل بقبضه، وهبته ، وحط قسم منه، والرد بخيار العيب ، ونحو ذلك من الامور والاحكام التي تترتب على العقود . فاذا اشترى احد الشريكين مالا ، فقبضه وتأدية ثمنه لازمان عليه وحده ، فهو الذي يطالب بالثمن ، ولا يطالب شريكه ، واذا باع احدهما مالا ، فقبض ثمنه انما هو من حقه وحده ، لذلك اذا ادى المشتري ثمنه الى الشريك الآخر فانه يبرأ من حصة هذ الشريك القابض، ولا يبرأ من حصة الشريك العاقد

وكذلك الرد بالعيب ، فانه من حقوق العقد ، فما اشتراه احد الشريكين ليس للآخر رده بالعيب ، وما باعه احدهما ، لا يرد بالعيب على الآخر (م١٣٧٨)٠ وكذلك اذا وكل الشريك العاقد شخصاً فى قبض ثمن المال الذي باعه ، فليس لشريكه عزله ، بخلاف ما اذا وكل احد الشريكين شخصاً فى بيع شىء من اموال الشركة او اجارته ، او شراء شىء للشركة ، فان للشريك الثانى عزله ، (م ١٣٧٧) ، لان الموكل لم يوكله على عمل شىء هو من الحقوق الخاصة به (كحقوق العقد اذا كان هو العاقد) وانما قد وكله على عمل شىء هو من حق الشريكين ، وهو بيع شىء من اموال الشركة او اجارته او نحو ذلك .

ه — لكل واحد من الشركاء ايداع اموال الشركة ، وابضاعها ، واعارتها والتوكيل للقيام بامور الشركة ، والسفر باموالها ، وان يعطي من مال الشركة مضاربة ، وله عقد الاجارة ، والاستيجار لمقتضيات الشركة ، وله تأجيل الثمن ، والحط من الثمن لاجل العيب ، ونحو ذلك من مقتضيات التجارة وشئون الشركة. ولكن ليس له ان يخلط مال الشركة بماله ، لان الخلط اتلاف ، وليس له ان يشرك شخصاً آخر بدون اذن شريكه (م ١٣٧٩) ، وليس لغير العاقد من الشركاء ان يرهن مال الشركة ، كما ان ليس له ان يرتهن لدين الشركة ، وليس لاحدهما ان يقضى دين الآخر . ولا ان يقرض من اموال الشركة (م ١٣٨٠) ، ولا ان يهب منها شيئاً بدون اذن الآخر . ولكن له ان يستقرض لان الاستقراض نافع للشركة ، وفيه معنى المبادلة التى هي من عمل التجارة ، الا انه إذ اهلك المقرض (بفتح الراء) بيد المستقرض ، فاقراره بالقرض الواقع لا يسرى على شريكه بل لا بد لذلك من البينة على اثبات القرض او تصديق الشريك الثانى.

و — شركة العنان اما مطلقة ، وهي التى لم يذكر فيها تفويض الشريك في التصرف ولا تقييده، واما مقيدة وهي التى قيد فيها احد الشريكين الآخر في التصرف بان نهاه عن بعض التصرفات اما مفوضة وهي التي فوض فيها احد الشريكين امور الشركة الى رأي الآخر . فاحكام النوع الاول هي ما تقدم في الفقرتين (رقم —١ —ورقم —٢ —) وهي المبحوث عنها في المواد (١٣٧٣ الى) المادة (١٣٨٠) .

واما المقيدة وهي المبحوث عنها في المادة (١٣٨٣) فحكمها ان ليس للشريك ان يخالف القيد ، فاذا قال له لا تبع نسيئة فباع ، نفذ البيع في حصته فقط وتوقف في حصة شريكه ، فان اجاز وكانت شروط الاجازة متوفرة نفذ البيع فيها ايضاً والا انفسخ ، فان هلك المبيع قبل استيفاء الثمن ضمن العاقد حصة شريكه منه ، وكذلك لو قال له لا تذهب الى ديار اخري فذهب وباع فانه يضمن الخسار الذي يطرأ على حصة شريكه .

واما المفوضة ، وهي المبحوث عنها في المادة (١٣٨٢) فحكمها ان للشريك المفوض (بفتح الواو) ان يعمل كل ماهو من لوازم التجارة وتوابعها ، ولكن لا يتضمن ذلك الاذن بالامور التي تعد من قبيل الاتلاف، او من قبيل التبرع ، كالهبة ، والاقراض ، فلا بد لجواز مثل ذلك من اذن صريح ، الا ان له ان يكرم شيئاً زهيداً كقطعة سكر او نحوه ، فان مثل هذا شائع عرفاً .

واذا ذهب احد الشريكين الى ديار اخرى لاجل أمور الشركة، يأخذ مصرفه المعتاد للكراء والطعام من مال الشركة (م ١٣٨١) فان كان في الشركة ربح يحسب المصروف من الربح ، والا فمن رأس المال . ولا يسري اقرار الشريك

على شريكه مطلقاً . فاذا اقر بدين في معاملات الشركة فانه لا يسري على شريكه ، بل اذا اقر بدين في معاملات تعاطاها للشركة وحده لزمه كل ما اقر به ، وان اقر بان الدين لزم من عمل تعاطاه هو وشريكه ، لزمه نصف ما اقر به ولا يسري على شريكه شيء ، وان اقر بان الدين لزم من معاملة تعاطاها شريكه ، فلا يلزم شيء لانه اقر على الغير (م ١٣٨٤) .

احكام شركة الاعمال العنانية :

تقدم تعريف شركة الاعمال ووضحته المادة (١٣٨٥) وثبت انها عبارة عن عقد شركة على تقبل الاعمال ، فالاجيران المشتركان ، يعقدان الشركة على تعهد لوازم العمل الذي يطلب من جانب المستأجرين ، سواء كان الشريكان متساويين او متفاضلين في ضمان العمل ، أي سواء عقدا الشركة على تعهد العمل وضمانه متساوياً ، او شرطا ثلث العمل مثلا لاحدهما وثلثيه للآخر . ولكن يشترط في هذه الشركة ثلاثة امور :

١ — ان يكون العمل مشروعا فلا يجوز في سرقة ونحوها .

٢ — ان يكون قابلا للتوكيل . فلا يجوز في احتطاب ونحوه .

٣ — الا يشترط منع احد الشركاء من التقبل .

واشترط بعض المجتهدين اتحاد صنعة الشركاء . وهو ليس بشرط عند الحنفية ، والمجلة جارية على هذا .

واما احكام هذه الشركة : فهي اولا : انه يجوز لكل واحد من الشركاء تقبل العمل وتعهده . وان يتقبل واحد والآخرون يعملون ، وان يتقبل احدهم

من الشركاء تقبل العمل وتعهده ، وان يتقبل واحد والآخرون يعملون ، وإن يتقبل احدهم ويجري قسما من العمل ، والآخر يكمله (م ١٣٨٦) .

ثانياً : ان كل واحد من الشريكين مثلا وكيل الآخر في تقبل العمل ، فالعمل الذي يتقبله احدهما يكون إيفاؤه لازما عليه وعلى شريكه ايضاً، إصالة ووكالة .

ثالثاً . شركة الاعمال العنانية من حيث ضمان العمل بحكم المفاوضة استحساناً، فما يتقبله احد الشركاء من الاعمال ، فان المستأجران يطلب ايفاءه من اي الشركاء شاء ، وكل واحد من الشركاء يكون مجبوراً على إيفاء العمل عند المطالبة به ، وليس له أن يقول هذا العمل تقبله شريكي فأنا لاأخالطه (م ١٣٨٧) .

رابعاً : ان هذه الشركة بحكم المفاوضة من حيث اقتضاء الأجرة ، فلكل واحد من الشركاء أن يطالب المستأجر بتمام الاجرة ، و إذا دفع المستأجر الأجرة الى أى منهما بريء (م ١٣٨٨) وهذا الحكم إستحساني ايضاً كالحكم الذي قبله . وإلا فالقياس يقتضي ألا يطالب بالعمل إلا الشريك العاقد مع المستأجر وألا يطالب بالأجرة إلا هو أيضاً . لأن شركة الاعمال العنانية تتضمن الوكالة فقط . وإن حقوق العقد تعود للعاقد .

خامساً : لا يجبر أحد الشركاء على ايفاء ما تقبله من العمل بالذات ، لأن المعقود عليه مطلق العمل فلا يجبر على أن يفي المتقبل العمل بنفسه ، اللهم إلا إذا شرط ذلك في العقد بين المستأجر والمتقبل (م ١٣٨٩ و ٥٧١) .

سادساً : إن الربح يقسم بين الشركاء حسب الشرط الذي اتفقوا عليه من

حيث التساوي او التفاضل وان كانوا متساوين في العمل (م ١٣٩٠، ١٣٣١) لكن إذا كان الشريكان مثلا متفاوتين في إشتراط العمل والربح، وجعل اقلهما عملا اكثرهما ربحاً فلا يجوز، لاداء ذلك الى ربح مالم يضمن، نعم إذا كانت الشركة قد عقدت على أن يكون ضمان صاحب العمل الأقل اكثر من ضمان صاحب العمل الأكثر، فانه يجوز أن يكون نصيب صاحب العمل الاقل في الربح أكثر من نصيب صاحب العمل الأكثر، لان هذه الزيادة بمقابلة الزيادة في الضمان.

سابعاً: الشريكان بضمان العمل يستحقان الاجرة، فاذا عمل احد الشريكين وحده، ولم يعمل الآخر لمرض أو لتغيبه في بلد آخر او لغير ذلك، فان الربح يقسم بينهما على الوجه الذي شرطاه (م ١٣٩٢): اما إستحقاق الشريك العامل فظاهر واما إستحقاق غير العامل فبسبب ضمان العمل، لان الضمان نوع من العمل على مامر في المادة (١٣٤٦).

ثامناً: اذا هلك المستأجر فيه او تعيب بدون صنع احد الشريكين، فلا ضمان على احدهما لان الاجير أمين، وإن هلك او تعيب بفعل أحدهما سواء كان الفعل معتاداً او زائداً على المعتاد فانهما يضمنان بالاشتراك وللمستأجر أن يضمن أيا شاء منهما، ويقسم هذا الخسار بين الشريكين على مقدار الضمان، فاذا كانا قد عقدا الشركة على تقبل الاعمال وتعهدها ثلثين وثلثاً يقسم الخسار أيضاً حصتين وحصة (م ١٣٩٣).

ويجوز عقد شركة الحمالين على النقل والعمل كما، يجوز أن يعقد إثنان منهما شركة بان يتقبلا الاعمال على ان الدكان من احدهما والآلات والادوات من الآخر، كما يجوز عقد الشركه هذه على ان يكون الدكان من واحد والعمل على

الآخر ، وكما تصح هذه الشركة على ان يكون من أحدهما فعل ومن الآخر حمل فيقسم الربح بينهما حسب ضمانهما (م ١٣٩٤، ١٣٩٥، ١٣٩٦، ١٣٩٧) اما لو عقدا الشركة على ايجار البغل والجمل فهي فاسدة وتكون اجرة الجمل لصاحبه وأجرة البغل لصاحبه ، واذا كان قد اعان أحدهما الآخر في التحميل والنقل فله اجر مثله .

ويلاحظ انه اذا عمل شخص في صنعة هو وابنه او زوجته ، او اخوه ، او ابن اخيه فان الكسب يكون كله له ، وهؤلاء يعدون معينين له ، وذلك اذا توفرت ثلاثة شروط :

١ — ان يكون هؤلاء في عيال الشخص الصانع .

٢ — ان يشتغلا سوية في صنعة واحدة .

٣ — الا يكون بين هذا الشخص وهؤلاء او احدهم عقد شركة .

فاذا نقص شرط من هذه الثلاثة ، لم يكن الربح كله لهذا الشخص . مثلا لو كان الاب نجاراً والابن حداداً يكون ربح كل واحدمنهما له لا يشاركه الاخر فيه واذا فرض انهما كانا يجمعان ربحهما في محل واحد ولا يعلم مقدار ما كسبه كل واحد فان المجموع يكون مشتركا بينهما مناصفة . وكذلك الحكم اذا لم يكن في عياله . وكذلك اذا عقدا بينهما شركة ، فان الربح يقسم على ماسبق ذكره في احكام هذه الشركة اي شركة الاعمال . انظر المادة (١٣٩٨) .

احكام شركة الوجوه العنانية :

لقد تقدم تعريفها ، وهي لا يشترط فيها التساوي بين الشركاء مثلا في المال المشترى ، فكما يجوز أن يكون ما اخذه الشريكان من المال بينهما على

المناصفة يجوز ايضاً ان يكون ثلثين وثلثاً ، وثلاثة ارباع ور بعاً (م ١٨٩٩) .

واستحقاق الربح فيها انما هو بسبب الضمان (م ١٤٠٠)) أي ضمان ثمن الاشياء التي يشترونها للشركة ، حتى لو شرطوا كون الضمان على احدهما لا تصح الشركة ويكون الربح كله للضامن وللثاني اجرة المثل ان عمل . ومقدار ضمان كل واحد من الثمن انما هو بقدر حصته من المال المشترى (م ١٤٠١) لان الغرم بالغنم .

واما احكامها فهي : --

١ -- ان الربح يكون بينهما بنسبة ما يملكه كل واحد منهما فيما يشتريانه ، فلو اشترطا أن يكون بينهما انصافاً ، كان الربح كذلك ، وان اشترطا ان يكون لاحدهما الثلث وللآخر الثلثان ، كان الربح على هذه النسبة فلو اشترطا ان تكون نسبة الربح مخالفة لنسبة الملك بطل الشرط وقسم الربح على حسب الضمان ، لان كل واحد يضمن من مال الشركة بقدر ما يملكه فيها . فلا يجوز لاحدهما ان يأخذ اكثر مما يضمن (م ١٤٠٢) فان الربح هنا مبني على ضمان ثمن المال المشترى للشركة ، لا على المال ، ولا على العمل ، لذلك لا يعتبر الشرط بخصوص الزيادة في الربح على القدر الذي يضمنه ، بخلاف الامر في الشركة التي بني فيها الربح على العمل ، اوعلى المال والعمل اذ يجوز شرط الزيادة في الربح فيها بناء على تقوم العمل بالتقويم .

٢ -- يقسم الضرر والخسار في كل حال على مقدار حصة الشريكين في المال المشترى سواء باشرا عقد الشراء بالاتحاد او باشره أحدهما وحده . وكل شرط خلاف ذلك لغو مثلا اذا عقدا الشركة على التنصفية بينهما في المال المشترى يقسم الضرر والخسار ايضاً على التساوي وان عقدا الشركة على كون الحصة

ثلثين وثلثاً في المال المشترى يقسم الضرر والخسار ايضاً ثلثين وثلثاً سواء كانا قد اشترى المال سوية او اشتراه احدهما للشركة (م ١٤٠٣).

احكام شركة المفاوضة :ـ

تقدم الكلام على تعريف شركة المفاوضة وشروطها واما احكامها فهي :ـ

١ — إن كل واحد من الشركاء وكيل و كفيل عن اصحابه . لان المساواة المشروطة في هذه الشركة لا تتحقق بدون كون كل واحد وكيلا وكفيلا عن سائر الشركاء . فالديون الناشئة عن المعاملات الجارية في الشركة يؤاخذ بها كل واحد من الشركاء ، الا انه اذا توجهت اليمين على العاقد فانه يحلف على البتات ، واذا توجهت الى غير العاقد ، فانه يحلف على العلم (م ١٣٥٦).

٢— كما ينفذ اقرار احدهما في حق نفسه ، فانه ينفذ في حق شريكه ايضا ، فاذا اقر احدهما بدين فللمقر له ان يطالب ايهما شاء ، وحقوق العقد تعود للشركاء كلهم فما باعه احدهم يجوز رده على الاخر بالعيب . وما اشتراه احدهم يجوز للاخر رده بالعيب . وكذلك الاقالة (م ١٣٥٦).

٣— اذا وجب على احد الشركاء دين بسبب شيء يصبح الاشتراك فيه كالشراء والاستئجار والاستقراض كان على الجميع ، وان كان بسبب لا يصح الاشتراك فيه كالمهر والنفقة و بدل الخلع ، والصلح عن دم العمد فلا يلزم به الآخر ، لان ما يقابله ، لا يصح الاشتراك فيه .

٤ — المأكولات والملبوسات وسائر الحوائج الضرورية التي يأخذها احد المفاوضين لنفسه واهله وعياله ، تكون له خاصة لاحق لشريكه فيها ، لكن يجوز للبائع مطالبة شريكه بثمن هذه الاشياء بحسب الكفالة (م ١٣٥٧) .

٥ — كل ما جاز من التصرفات للشركاء في شركة العنان ، على ما مر تفصيله ، يجوز ايضا للمفاوضين ولا عكس ، فان احد المفاوضين له ان يشارك آخر عنانا وما دونها ، ولكن ليس لشريك العنان ان يشارك عنانا بل ما دونها ، كالمضاربة (م ١٣٦٤) . وما لا يجوز في العنان من التبرعات كالهبة والاقراض لا يجوز في المفاوضه .

انتهاء الشركة

تنفسخ الشركة بانواعها وتنتهي باحد امور : —

١ — بفسخ احد الشركاء ولو بدون رضاء الآخر لان عقد الشركة من العقود غير اللازمة ، لكن علم الآخرين بالفسخ شرط ، فلا تعتبر منفسخه مالم يكن فسخ احدها معلوما للآخرين (م ١٣٥٣) .

(٢) ان يخرج احد الشريكين عن اهلية التصرف مثلا بان يجن جنونا مطبقاً او ان يحجر عليه ، فاذا جن احد الشركاء جنونا مطبقا — وهو الجنون الذي يستمر في المرأ شهراً كاملا بلا افاقة — فان الشركة تنفسخ في حقه بعد تمام مدة الاطباق . فاذا عمل الشريك الاخر في مال الشركة كان غاصبا بالنظر الى حصة المجنون فيكون الربح له قضاء والخسار عليه اي ان الربح والخسار ينسب الى الشريك العامل وكذلك الامر اذا حجر على بعض الشركاء .

٣ — بموت احد الشركاء . فان الشركة تنفسخ في حقه من حين موته ولو لم يعلم الشركاء بموته ، لان العزل عن الوكالة هنا حكمي ، ولا يشترط العلم في العزل الحكمي لانعدام ذمة الموكل بالموت ، (١٣٥٢) .

٤ — بهلاك رأس المال كله ، لان النقود في رأس مال الشركة تتعين بالتعيين لأن رأس المال في الشركة مقصود بالذات فاذا هلك رأس المال بطلت الشركة والنقود تتعين في الهبة والوصية ايضاً . لان نفس الموهوب والموصى به مقصود بالذات ، ولا يخفي ما يتفرع على ذلك من الحكم في الهبة والوصية .

٥ — بهلاك رأس مال احد الشريكين قبل الخلط وقبل الشراء ، لأن رضاء كل واحد من الشركاء بان يشاركه الآخرون في رأس ماله انما كان بمقابلة اشتراكه هو ايضاً في رؤوس اموالهم . فاذا انعدم اشتراكه في المال الهالك انعدم رضاؤه ايضاً بان يشاركه في رأس ماله الشريك الذي هلك ماله.
اما لو هلك رأس مال احد الشركاء بعد خلط رؤوس الاموال فاذا هلك من المخلوط شيء فانه لايخل بالشركة انظر المادة (١٠٦١) .

وكذلك لو اشتري احد الشركاء بعد العقد شيئاً برأس ماله، ثم هلك رأس مال الآخر فلا يخل ذلك بالشركة ، لان الشراء وقع لحساب الشركة القائمة ، فيكون المال المشترى والربح والخسار فيه على ما هو معروف في احكام الشركة الا ان الشريك الذي اشترى الشيء المذكور بماله يرجع على شركائه بمقدار انصبائهم من ثمنه .

٦ بانكار احد الشركاء الشركة، فاذا انكر احد الشركاء الشركة تعد منفسخة فاذا اثبت الشريك الثاني الشركة المدعي بها ثم ادعى المنكر ان رأس المال قد هلك بيده فانه يضمن حصة شريكه ، وليس له ان يتمسك بانه امين . وسبب ذلك ان الامين اذا انكر الامانة صار بحكم الغاصب انظر المادة (٩٠١).

٧ — بانقضاء مدة الشركة ، اذا كانت الشركة موقتة .

والسبب في انفساخ الشركة في الصور المذكورة هو زوال معني الوكالة المبنية عليها الشركة ٠

واذا انفسخت الشركة واقتسم الشركاء املاك الشركة على ان تكون النقود الموجودة لواحد والامتعة لواحد ٠ والديون لواحد او ان تكون النقود لواحد، والامتعة والديون لواحد ، لاتصح القسمة ، بل كلما يقبض من الديون يكون مشتركاً وما يبقى من الدين في الذمم يكون مشتركاً ايضاً ٠ لان القسمة افراز الحصص ، وذلك لايتصور الا في الاعيان المشتركة لان الدين وصف في الذمة لايقبل الافراز ٠ انظر المادة (١١٢٣) والمادة ١٠٩١٠

ضمان الشريك:

الشريك امين لايضمن اذا هلك مال الشركة او بعضه في يده او تعيب، بلا تعدمنه ولا تقصير ٠ لكن اذا اخذ شيئاً من اموال الشركة للاتجار به ثم مات مجهلاً لحصص شركائه فان لهم ان يستوفوا حصصهم من تركته سواء كانت حصصهم في عين اخذها الشريك ومات مجهلا لها اوفي دين كما لو باع شيئاً من اموال الشركة بالدين ومات مجهلا له ، بان لم يبين المدينين الذين في ذممهم الدين المذكور ٠ انظر المادة (٨٠١) ٠

— المضاربة —

ينحصر البحث في المضاربة في المواضع الآتية :-

١ - تعريف المضاربة

٢ - ركنها وصفتها

٣ - شروطها

٤ ــ حكمها

٥ ــ الاختلاف بين رب المال والمضارب

٦ - ما يبطل به عقد المضاربة

تعريف المضاربة :

هي نوع شركة في الربح على ان يكون رأس المال من طرف والعمل من طرف فهي تتحقق بثلاثة أمور :

١ ــ ان يكون رأس المال من طرف سواء كان شخصاً واحداً أو اكثر من واحد .

٢ ــ ان يكون العمل من طرف سواء كان شخصاً واحداً أو اكثر من واحد .

٣ - ان يكون اشتراك الطرفين في الربح على نسبة يتفق عليها. فاذا كان الربح كله للطرف العامل كانت المعاملة قرضاً. واذا شرط الربح كله لرب المال ، كانت المعاملة استبضاعاً . وتسمى المضاربة مقارضة أيضاً وقراضاً . ويقال لصاحب رأس المال : رب المال . وللعامل : المضارب . (م ١٤٠٤)

ركن المضاربة .

بما ان المضاربة عقد من العقود، فركنها الايجاب والقبول بالفاظ تدل عليها فالايجاب يكون بلفظ المضاربة او المقارضة ، او المعاملة ، او ما يؤدي معاني هذه الالفاظ ، بان يقول خذ هذا المال مضاربة على ان الربح بيننا او على ان لك ثلث الربح او ربعه و يقول المضارب قبلت ، او اخذت او رضيت او نحوذلك ، وكذلك اذا قال رب المال خذ هذا المال واعمل به على ان ما رزق

الله فهو بيننا ، وقال المضارب قبلت لان المعنى المقصود من العقد قد حصل بهذه العبارة . (م ١٤٠٥) .

اقسام المضاربة :

هي قسمان : مطلقة ومقيدة : (م ١٤٠٦)

المضاربة المطلقة : هي العارية من القيد المفيد ، أي التي لم تقيد بزمان ، ولا مكان ، ولا نوع تجارة ، ولا بمنافع معينة ، ولا ببائع معين ، ولا بمشتر معين .

المضاربة المقيدة : هي التي قيدت بشيء مما تقدم كان يقول رب المال اعمل في الوقت الفلاني ، أو في المكان الفلاني ، أو اشتر الاموال الفلانية ، أو عامل فلاناً وفلاناً ، أو عامل أهالي البلدة الفلانية (م ١٤٠٧) . ولكن المعتبر في التقييد ، هو القيد المفيد . فان القيود ثلاثة :

أ — القيد المفيد من كل وجه ، وهذا يجب مراعاته . أنظر المادة (١٤٢٠) .

ب — القيد غير المفيد. وهذا لا يجب مراعاته على المضارب وله مخالفته ، ولا تعتبر المضاربة مقيدة به ، كأن ينهي رب المال المضارب أن يبيع بالنقد ، فهذا قيد لا فائدة منه ، فالمضارب أن يبيع بالنقد وغيره ، ولا يراعي تقييد رب المال .

ج — القيد المفيد في الجملة . كان يقول رب المال للمضارب اعمل في السوق الفلانية ، ففي مثل هذا القيد إذا نهى رب المال عن مخالفة القيد لزم على المضارب مراعاته ، كان يقول رب المال : اعمل في السوق الفلانية ولا

تعمل في غيرها . أما إذا لم ينهه عن مخالفته جاز للمضارب عدم مراعاة القيد . كان يقول رب المال خذ هذا المال واعمل به في السوق الفلانية والربح بيننا ويقول المضارب قبلت. فللمضارب أن يعمل في السوق المذكورة وفي غيرها.

شروط المضاربة :

يشترط لصحة المضاربة ما يأتي :

١ – أهلية رب المال للتوكيل والمضارب للوكالة ، (م ١٤٠٨) لان المضارب يتصرف بأمر رب المال ، وهذا معنى التوكيل . فيلزم أن يكون رب المال أهلا للتصرف بالبيع والشراء ، وأن يكون المضارب عاقلا مميزاً .

٢ – أن يكون رأس المال من قبيل الأثمان (م ١٤٠٩) على ما مر في بحث الشركة ، لان المضاربة عند حصول الربح شركة ، فيشترط فيها ما يشترط في رأس مال الشركة فلا تصح المضاربة على أن يكون العروض أو العقار أو الدين في الذمم رأس مال ، اللهم إلا إذا دفع رب المال عروضاً أو عقاراً للمضارب على أن يبيعه ، ثم يعمل بثمنه مضاربة ، لان المضارب في هذه الصورة يكون وكيلا ببيع العروض والعقار والمضاربة تكون مضافة الى المستقبل أي بعد أن يتحول العروض أو العقار الى النقد . وكذلك إذا قال شخص لآخر اقبض الدين الذي لي بذمة فلان وقدره كذا درهما واعمل به مضاربة ، فانه يصح لان المضاربة تنعقد مضافة الى المستقبل أي الى أن يقبض بدل الدين . فيكون المضارب اولا وكيلا بقبض الدين و بعد القبض تنعقد المضاربة على رأس مال هو نقد (م ١٤٠٩) .

٣ أن يكون رأس المال معلوماً ، (م ١٤١٠) لان جهالة رأس المال

تؤدي الى جهالة الربح ، وكون الربح معلوماً شرط فيجب أن يكون رأس المال معلوماً إذاً ، وان يسلم الى المضارب (م ١٤١٠) لانه أمانة فلا يصح إلا بالتسليم ، وهو التخلية ، كالوديعة ، ولان المضاربة تنعقد على ان رأس المال من أحد الجانبين والعمل من الجانب الآخر ، ولا يتحقق العمل إلا بعد خروج رأس المال من يد صاحبه الى يد المضارب . فلا تصح المضاربة مع بقاء يد رب المال على رأس المال ، حتى لو شرط العمل على رب المال أيضاً واشتغل بقسم من رأس المال الذي في يده لا تصح المضاربة . نعم يجوز للمضارب أن يدفع الى رب المال شيئاً من أموال المضاربة لبيعه ، أو ليشتري به ، على سبيل المعاونة له .

٤ — أن تكون حصة كل من الطرفين من الربح معلومة عند العقد ، جزءاً شائعاً ، (م ١٤١١) . أما كونها معلومة فلان جهالة الحصة تؤدي الى النزاع ، وأما كونها شائعة فلان تعيين قدر معلوم قد يؤدي الى قطع الشركة في الربح لجواز الا يحصل من الربح الا ذلك القدر المعين أو أقل منه . واذا دفع أحد لآخر رأس مال على انه ان عمل به في بغداد فله ثلث الربح ، واذا عمل به في البصرة مثلا فله نصف الربح ، جاز لان الحصة معلومة مشاعة ، ويتبع في تقسيم الربح الشرط حسب العمل الواقع .

٥ — ان تكون الحصة للمضارب ، من الربح ، حتى لو شرط أن تعطى له حصة من رأس المال أو ان تكون حصته قسماً من رأس المال وقسماً من الربح تكون المضاربة فاسدة .

ويلاحظ ان كل شرط يوجب قطع الشركة في الربح أو جهالة الحصة من

الربح أو كان يتضمن عمل رب المال مع المضارب فانه يفسد المضاربة ، والا فالشرط لغو والعقد صحيح . مثلا ان وقوع الترديد في الربح أو أن يعطى احد الطرفين مقداراً مقطوعا (م ١٤١٢) يفسد العقد لان في الترديد جهالة وفي تعيين المقدار المقطوع . قطعا للشركة في الربح ، لكن لو شرط كون الخسار على الطرفين فالشرط لغو والعقد صحيح

احكام المضاربة :

المضاربة اما صحيحة واما فاسدة . ولكل منهما احكام .

احكام المضاربة الصحيحة :

١ — ان رأس المال قبل أن يشترى به المضارب به شيئاً امانة في يده بمنزلة الوديعة ، لانه قبضه باذن المالك لا على وجه البدل والوثيقة . فاذا اشترى به شيئاً صار بمنزلة الوكيل بالشراء والبيع ، لانه تصرف في مال الغير بامره وهو معنى تصرف الوكيل ، فيكون شراؤه على المعروف وهو ان يكون بمثل القيمة او بالغبن اليسير معتبر كالوكيل بالشراء ، ويكون بيعه ولو بالغبن الفاحش معتبر ايضاً كالوكيل بالبيع ، وأما شراؤه بالغبن الفاحش فيقع له لا للمضاربة كالوكيل اذا اشترى بالغبن الفاحش . والبيع أو الشراء اذا وقع فاسداً فهو للمضاربة أيضاً ولا يعتبر المضارب مخالفاً لان الوكيل بالبيع أو الشراء مطلقاً يملك الصحيح والفاسد . وبعد حصول الربح يكون شريكا فيه بالنسبة المعينة عند العقد (م ١٤١٣ و ١٤٢٥) .

٢ — للمضارب في المضاربة المطلقة ان يعمل كل ما هو من لوازم المضاربة فله أن يبيع ولو بالغبن الفاحش ، وان يشترى بثمن المثل أو الغبن اليسير ،

وقبول الحوالة بثمن المال الذي باعه ، وتوكيل شخص عنه بالبيع والشراء وايداع مال المضاربة ، والابضاع ، والرهن والارتهان والايجار والاستئجار ، وان يسافر الى بلدة اخرى لاجل البيع والشراء ، وتكون مصاريف السفر بالقدر المعروف من مال المضاربة محسوبة على الربح ان حصل ربح (م ١٤٠٨) ، وان يوكل عنه وكيلاً بالخصومة ، وان يحط شيئاً يسيرا من ثمن المبيع اذا ظهر به عيب (م ١٤١٤) .

وليس له ان يخلط مال المضاربة بماله إلا في حالتين :

الاولى اذا كان عرف البلد جاريا بخلط المضارب ماله بمال المضاربة .

الثانية اذا كان رب المال قد فوض المضارب ان يعمل برأيه (م ١٤١٥ و ١٤١٦). واذا خلط المضارب مال المضاربة بماله، فان الربح يقسم اولا على رأس المخلوط فما يصيب رأس مال المضاربة يقسم بين الطرفين وما يصيب المال العائد للمضارب يأخذه وحده (م١٤١٧) . وليس له ان يضارب بالمال لأن من ملك تصرفاً ليس له ان يملكه أو يملك ارقى منه فليس له ان يعقد شركة . ولكن اذا فوض رب المال المضارب بان يعمل برأيه فان له أن يعقد مضاربة مع غيره بمال المضاربة (م ١٤١٦) لكن على شرط ان تسلم حصة رب المال من الربح ، فاذا كان نصف الربح لرب المال وضارب المضارب على ان يكون لمضاربه الثلث اخذ رب المال النصف ومضارب المضارب الثلث ويبقى سدس للمضارب واذا كان قد ضارب على النصف فيأخذ رب المال النصف ويأخذ مضارب المضارب النصف ولا يبقى شيء للمضارب . وليس له ان يقرض شيئاً من اموال المضاربة ، ولا ان يتبرع بشيء منها بدون إذن رب المال .

وليس له أن يشتري للمضاربة نسيئة زيادة على رأس المال ، الا اذا اذن له رب المال بذلك. فان اشترى بلا اذن منه كان ما اشتراه له، عليه خساره وله ربحه. واذا كان رب المال قد أذن له بذلك يكون ما اشتراه مشتركا بينهما شركة وجوه (م ١٤١٨) فيقسم ربحه حسب ضمان كل واحد منهما للمال المشترى. مثلا إذا كان رأس المال مائه دينار واشترى المضارب باذن رب المال أموالا بمائة وخمسين ديناراً ، فربح ثلثي المال يقسم بينهما حسب النسبة المتفق عليها في العقد ، وربح ثلث المال يقسم عليهما بنسبة ضمان كل واحد لمقدار من الثلث. والخسار الذي يصيب ثلثي المال يكون كله على رب المال ، والخسار الذي يصيب ثلث المال يكون على الطرفين بنسبة ضمان كل واحد منهما للمقدار من الثلث . وكذلك لو اشترى برأس مال المضاربة كله أموالا فاستأجر لنقلها أو اصلاحها مثلا بلا اذن من رب المال كان متبرعاً ، لانه لم يبق في يده شيء من رأس المال ، فصار بالاستئجار مستديناً على المضاربة وهو ليس له ذلك ، فصار عاقداً لنفسه متبرعاً لاجل مال غيره .

٣ – على المضارب في المضاربة المقيدة أن يتبع القيد مطلقاً إذا كان مفيداً (م ١٤٢٠) . لان الاصل في الشروط اعتبارها قدر الامكان ، واذا خالف الشرط كان غاصباً فيكون الخسار عليه والربح له ، واذا تلف مال المضاربة يكون ضامناً (م ١٤٢١) الا اذا عاد الى الوفاق قبل التلف . اما إذا لم يكن مفيداً فيلغو القيد وتعتبر المضاربة مطلقة. مثلا إذا دفع أحد لآخر رأس مال على أن يعمل به في بغداد ، فليس له ان يعمل به في الحلة ، لان البلاد

تختلف رخصاً وغلاء، وتختلف في قوة البيع والشراء، واذا دفع رأس المال اليه على أن يبيع بالدراهم فلا عبرة بالقيد، فله أن يبيع بالدراهم والدنانير لعدم الفائدة من القيد المذكور. واذا كان القيد قد جاء بصورة النهي فليس للمضارب مخالفته ولو كانت الفائدة محتملة . كما لو قال له على الا تبيع في سوق الميدان (م ١٤٢٢) اما اذا لم يكن من النهي فائدة ما فلا عبرة به كما لو قال له على الا تبيع حالا، فان له ان يبيع حالا ومؤجلا.

٤ — الخسار كله على رب المال واذا شرط كونه مشتركا فالشرط لغو (م ١٤٢٨)، لان رأس مال ملكه وما العامل الا وكيل له أجرة من الربح، فلا وجه لتحمله شيئاً من الخسار وكذلك اذا تلف رأس المال أو شيء منه (م ١٤٧٢) بلا تعد المضارب أو تقصيره أو مخالفته، على ما سبق تفصيله.

حكم المضاربة الفاسدة

اذا نقص شرط من الشروط السالفة الذكر فالمضاربة فاسدة. وحكمها انه ليس للمضارب ان يعمل شيئاً مما تقدم ذكره من الصلاحيات، ولا يستحق شيئاً من الربح وانما له اجر المثل على الا يزيد على مقدار حصته من الربح المشروط في العقد، كما انه اذا لم يكن قد حصل في المضاربة الفاسدة ربح، فليس للمضارب شيء مطلقاً من كل وجه، لان المضاربة الصحيحة اذا لم يحصل فيها ربح لا يستحق المضارب شيئاً، وهذا في الفاسدة من باب اولى (م ١٤٢٦).

ما يبطل به عقد المضاربة :

يبطل عقد المضاربة وينتهي حكمه باحد الاحوال الآتية :

١ – بالفسخ . ولكل واحد من الطرفين الفسخ لأنها من العقود غير اللازمة .

٢ – بنهي رب المال المضارب عن التصرف ، أي بعزله (م ١٤٢٤) . لكن يشترط في الصورتين علم الطرف الثاني بالفسخ وعلم المضارب بالنهي ، وان يكون مال المضاربة نقوداً عند الفسخ او النهي ، فان كان متاعاً ، كان للمضارب بيعها بالنقد . وذلك لأجل ان يعرف الربح من الخسار ، وان كان بعضه نقداً و بعضه متاعا وقت الفسخ او النهي فليس للمضارب ان يتصرف بالنقود ولكن له ان يبيع المتاع ليحوله الى نقد .

٣ – بموت أحد الطرفين او خروجه عن اهلية التصرف بالجنون المطبق . او بالحجر عليه (م ١٤٢٩) لان المضاربة تشمل الوكالة ، والوكالة تبطل بموت الوكيل او الموكل . واذا مات المضارب مجهلا اموال المضاربة او ديونها فالضمان في تركته (م ١٤٣٠) وانظر المادة (٨٠١) فان حكمها جار في هذه المسألة .

٤ – بانتهاء المدة اذا كانت المضاربة موقتة بوقت (م ١٤٢٣) .

٥ – بهلاك رأس المال قبل التصرف به .

واذا انتهى عقد المضاربة وكان فيها ديون في ذمم الناس ، فان كان فيها ربح فان المضارب يجبر على تحصيلها لانه اجير قد عمل باجرة ، وهي حصته من الربح ، والا جير مجبور على ايفاء العمل المأجور على ايفائه ، وتحصيل الديون من تمام عمل المضاربة ، وان لم يكن فى المضاربة ربح فلا اجبار على المضارب بتحصيل الديون بل عليه ان يوكل رب المال على تحصيلها .

اختلاف المضاب ورب المال

اذا ادعى المضارب العموم والاطلاق في المضاربة ، وادعى رب المال التقييد ، فالقول قول المضارب وعلى الثاني البينة ، لان العموم والاطلاق هو الاصل والظاهر في المضاربة . واذا اختلفا في مقدار ما يستحقه المضارب من الربح فالقول قول رب المال ، لان المضارب في هذه الصورة يدعي زيادة الاجرة . واذا اختلفا في مقدار رأس المال المقبوض في يد المضارب فالقول قول المضارب ، لان القول قول القابض . مثلا إذا كان بيد المضارب بعد بيع أموال المضاربة الف دينار ، فادعى رب المال ان رأس المال الف ، فلا ربح ، او انه تسعمائة والربح مائة فقط . وادعى المضارب ان رأس المال ستمائة ، وان الباقي ربح فالقول قوله.

المزارعة

ينحصر البحث في المزارعة بالمواضيع الآتية :

١ — تعريفها وركنها وصفتها

٢ — شروطها

٣ — أحكامها

٤ — انتهاؤها

تعريف المزارعة

هي عقد يرد على الزرع ببعض ما يخرج منه . أي الشركة على كون الارض من طرف والعمل من طرف ، والحاصلات تقسم بين الطرفين (م ١٤٣١) سواء كان البذر من صاحب الارض او من العامل ، والمراد من العمل هو العمل المقتضى للزراعة قبل ادراك الزرع ، أما ما يلزم بعد الادراك كالحصاد والدياس فهو على الطرفين ، إلا اذا اشترط كونه على المزارع ، فانه حينئذ يكون عليه على الرأي الصحيح .

ركن المزارعة

ركنها الايجاب والقبول ، (م ١٤٣٢) وليس لهما الفاظ مخصوصة بل كل ما دل على التراضي بزرع شخص ارض الآخر بجزء من الخارج يسمى ايجاباً وقبولا ، كان يقول رب الارض اعطيتك هذه الارض لتزرعها بجزء مما يخرج منها قدره النصف مثلا فيقول العامل قبلت . ولا تتحقق المزارعة الا باربعة

أمور : أرض ، وعمل ، و بذر ، وآلات ، وتنعقد باللفظ والكتابة وبالاشارة المعروفة للاخرس .

صفة عقد المزارعة

هي لازمة بالنظر لمن ليس عليه البذر ، فلا يملك فسخها بدون رضاء الآخر الا بعذر ، وهي غير لازمة على من عليه البذر قبل القاء بذره في الارض ، فيملك فسخها بلا عذر ، لانه لا يمكنه المضي الا باتلاف ماله وهو البذر بالقائه في الارض فيهلك فيها ولا يدري ان كان ينبت اولا ، وليس كذلك من لا بذر له . أما بعد القائه فلا يملك الفسخ .

شروط المزارعة هي :

١ — أن يكون كل من العاقدين عاقلا . وأما البلوغ فليس بشرط فيجوز للصبي المأذون عقد المزارعة (م ١٤٣٣) ويكون عقده نافذاً اما اذا كان غير مأذون فيتوقف على الاجازة . وهذا الشرط للانعقاد .

٢ — ان تكون الارض معلومة صالحة للزراعة في مدة المزارعة ، فلو كانت سبخة او نزة لا تصح ، لأنها مستأجرة ببعض ما يخرج منها ، واجارة ما ذكر للزرع فيه لا تصح . اما اذا كانت صالحة ولكن لا يمكن زراعتها وقت العقد لعارض كانقطاع الماء موقتاً صحت المزارعة (م ١٤٣٦)

٣ — التخلية بين العامل وبين الارض ، ليتمكن من العمل بلا مانع (م ١٤٣٦) حتى لو اشترط ان يكون العمل على رب الارض والآلات والبذر على العامل ، لا تصح ، لعدم التخلية .

٤ — تعيين ما يزرع او تعميمه (م ١٤٣٤) ان كان البذر من العامل ،

لان بعض المزروعات يضر الارض و بعضها يفيدها ، مع تفاوت كبير في مقدار الضرر والافادة ، فلا بد من بيانه .

٥ — بيان من عليه البذر ، حسما للنزاع ، لانه كما يصح ان يكون من العامل ، يصح ان يكون من رب الارض ، فعدم البيان يفضي الى المنازعة .

٦ — بيان حصة من ليس عليه البذر ، من الحاصل ، وان تكون الحصة جزءاً شائعاً (م ١٤٣٥) . واذا بينت حصة رب البذر كفى ، لان نصيب الآخر يكون معلوماً حينئذ .

اما بيان المدة فليس بشرط لجريان العرف بذلك فاذا لم يبين مدة فان المزارعة تقع على اول زرع يخرج .

واذا فقد شرط من الشروط كانت المزارعة فاسدة (م ١٤٣٧)

أحكام المزارعة :

المزارعة اذا استوفت شروطها صحت فيترتب عليها :

١ — ملك العامل الانتفاع بالعمل في الحال والشركة في الخارج من الارض في المآل . فهي في معنى الاجارة والشركة . ولهذا قيل انها اجارة ابتداء ، شركة انتهاء ـ والصحيح انها عقد قائم بذاته له حكمه ، لا هو اجارة ولا هو شركة . بل هو عقد اسمه ـ المزارعة ـ له احكام خاصة كسائر العقود المسماة ،

٢ — ان كل ما كان من عمل المزارعة مما يحتاج اليه الزرع لاصلاحه وتمامه فعلى المزارع ، وكل ما كان من باب النفقة على الزرع ، فعليهما على قدر انصبائهما كالسماد واجرة الآلات الرافعة للمياه ، لان ذلك ليس من عمل المزارعة حتى يختص به المزارع .

٣ — ان يكون الخارج بينهما حسب الاتفاق (م ١٤٣٨) فان لم تخرج الارض شيئاً فلا شيء لاحدهما قبل الآخر .

٤ — اذا زاد احدهما للآخر شيئاً عن المقدار المتفق عليه فان كان ذلك قبل نضج الزرع صح ، سواء صدر من العامل او من رب الارض ، وان كان بعد نضج الزرع فان كانت الزيادة من صاحب البذر ، لا تصح والخارج بينهما حسب الاتفاق السابق ، وان كانت ممن لا بذر له صحت ، والاصل في ذلك انه اذا كان المعقود عليه بحال يجوز ابتداء عقد المزارعة عليه جازت الزيادة ، وان كان بحال لا يجوز ابتداء العقد عليه لا تجوز الزيادة ، والمزارعة لا تجوز على زرع بعد نضجه ، لان العمل لا يؤثر فيه بالنماء .

اما حكم المزارعة اذا فسدت ، فان المحصول يكون كله لصاحب البذر، لانه نماء ملكه فان كان صاحبه هو العامل فعليه اجر مثل الارض ، وان كان هو رب الارض ، فعليه أجرة العامل . وتجب الاجرة بزرع الارض وان لم يخرج شيء ، لان الواجب في المزارعه الفاسدة اجر مثل العمل ، وانعدام الخارج لا يمنع وجوب الاجرة في الذمة. بخلاف المزارعة الصحيحة فان الواجب للعامل حصته من الحاصل ولم يحصل شيء ، فلا شيء له .

انتهاء المزارعة

تنتهي المزارعة بامور :

١ — بفسخ صاحب البذر كامتناعه عن المضي في العقد، قبل ابذار البذر

٢ — بانقضاء مدة المزارعة :

٣ — بموت احد المتعاقدين اذا لم يكن الزرع لم يزل غير ناضج .

٤ — بفسخها لعذر اضطراري، فان المزارعة كالاجارة يجوز فسخها بالاعذار كما اذا اقتضى بيع الارض لاداء دين على صاحب الارض لاوفاء له الا من ثمن الارض ، وكما لو عجز العامل عن العمل لمرض ، وكما لو اضطر المزارع الى السفر ، او اضطر الى تبديل حرفته لان من الحرف مالا يغنى عن جوع

واذ انتهت المزارعة بالفسخ أو بغيره من الوجوه ، فلا يخلو الحال من ثلاثة وجوه :

الاول ان تنتهي قبل الزراعة ، فلا شيء حينئذ للعامل وان حرث الارض وحفر الانهار ، وقيل على صاحب الارض ديانة ان يرضى العامل فيما اذا امتنع عن المضي في العقد قبل ابذار البذر. وارى ان القواعد الفقهية تقضي بتضمين صاحب الارض حينئذ ، لانه بفسخه العقد بعد ان قام العامل بالحرث ونحوه يكون فدغره. والغرس ضمن العقد موجب للضمان .

الثاني : ان تنتهي والزرع مستحق للحصاد فتسلم الارض الى صاحبها فوراً ، والعامل يأخذ نصيبه من الحاصل .

الثالث : ان يكون الزرع لم يستحصد فان الزرع يبقى الى ان ينضج ، وعلى العامل اجرة مثل الارض بنسبة حصته من الزرع

ولا تنفسخ المزارعة مطلقاً بموت احد المتعاقدين اذا كان الزرع غير ناضج بل يبقى المزارعة على حالها فاذا مات صاحب الارض فالفلاح يداوم على العمل الى ان يدرك الزرع وليس لوارثه ان يمنعه . واذا مات الفلاح فورثته مخيرون

بين ان يستمروا على عقد ابيهم فتعتبر المزارعة باقية ، فليس لصاحب الارض حينئذ ان يجبرهم على اخلاء الارض (م ١٤٤٠) وبين الا يستمروا على عقد ابيهم وحينئذ يكون الزرع القائم مشتركا بينهم وبين صاحب الارض وعندئذ اما ان يقتسموا الزرع بالحصص، واما ان يعطيهم صاحب الارض، قدر حصتهم من الزرع البقل ، واما ان ينفق على الزرع من ماله الى وقت الحصاد ثم يرجع عليهم بحصتهم، لان في هذا رعاية للجانبين .



المساقاة

الكلام في المساقاة ينحصر في المواضيع الآتية :

١ تعريفها ، واركانها ، وصفتها

٢ — شروطها

٣ - احكامها

٤ — انتهاؤها

تعريف المساقاة

هي نوع شركة على ان يكون اشجار من طرف ، وتربية من طرف آخر ويقسم ما يحصل من الثمرة بينهما (م ١٤٤١) . و بعبارة أخرى هي اصلاح الشجر بجزء مما يخرج من ثمره . و يراد من الشجر كل ما غرس ليبقى في الارض سنة فاكثر من كل ما ليس لقطعه مدة ونهاية معلومة ، سواء كان مثمراً أم غير مثمر ، و يشمل هذا الكروم والرطاب وأصول الباذنجان ونحوه ، وتكون المساقاة على غير المثمر في نظير ما يأخذه المساقي من السعف والحطب ونحوهما .

وتجوز عند المالكية في الاشجار والخضراوات ونحوها ، حتى في دود القز . ثم ان عقد المساقاة انما يصح على الاشجار التي هي محتاجة الى التربية والعمل للحصول على الثمرة ، فلا تصح المساقاة على أشجار أدرك ثمرها ، بل تكون فاسدة ، لانا لو صححناها لاقتضى أن يستحق العامل من ثمرة الاشجار بلا سبب .

ثم ان التربية والعمل في الاشجار على ثلاثة أقسام :

١ — العمل اللازم لتربية الثمرة قبل ادراكها وهو على العامل حتما .

٢ — العمل المقتضي للاشجار كتكريب النخل مثلا ، وهذا يكون على المتعاقدين إلا إذا شرط كونه على العامل .

٣ — العمل اللازم بعد ادراك الثمرة وقسمتها وهذا يكون على الطرفين كل واحد يقوم بما يخص حصته .

ركن المساقاة

ركنها الايجاب والقبول ، وليس لهما الفاظ مخصوصة فاذا قال صاحب الاشجار للعامل اعطيتك اشجاري هذه بوجه المساقاة على أن تأخذ من ثمرتها كذا حصة وقبل العامل تنعقد المساقاة (م ١٤٤٢) وتنعقد بالكتابة ، واشارة الاخرس ، كسائر العقود .

صفة عقد المساقاة

هو من العقود اللازمة ، فاذا امتنع أحد المتعاقدين بعد تمام العقد ، اجبر على الوفاء به . وبهذا تفترق المساقاة عن المزارعة ، فان المزارعة غير لازمة على رب البذر قبل القاء بذره على ما سبق بيانه .

شروط المساقاة هي :

١ — أن يكون العاقدان عاقلين مميزين (م ١٤٤٣) وأما البلوغ فليس بشرط .

٢ — أن يكون المدفوع من الشجر الذي فيه ثمرة مما يزيد العمل في الثمرة ، فان كان المدفوع نخلا فيه بسر قد تناهى عظمه فالعقد فاسد لانه اذا

تناهى عظمه فانه لا يؤثر فيه العمل بالزيادة .

٣ — أن يكون الخارج لهما ، فلو شرط ان يكون لاحدهما فسدت ، لزوال الشركة .

٤ — أن تكون حصة كل واحد منهما من الخارج مشاعة معلومة القدر (م ١٤٤٤) .

٥ — أن يكون الشجر المعقود عليه معلوماً ، وان يسلم الى العامل (م ١٤٤٥) لان التربية لا تمكن بدون التسليم . والمراد من التسليم هو تخلي رب الاشجار الى العامل ، حتى لو شرط العمل عليهما فسدت .

ولا يشترط بيان المدة لان وقت الثمر معلوم ، والتفاوت الواقع قليل ، فاذا لم تبين مدة يقع العقد على اول ثمرة تخرج في اول السنة . نعم إذا كانت الاشجار لم تثمر واقتضى اعطاؤها بالمساقاة ، فانه يشترط بيان المدة فاذا لم يبين المدة يفسد العقد ، لان الأثمار في مثل ذلك يتفاوت تفاوتاً فاحشاً حسب قوة الارض وضعفها ، فلا يمكن صرفه لاول ثمرة تخرج منها — وكذلك تفسد لو عينت مدة لا يمكن حصول الأثمار فيها . أما لو عينت مدة تتردد بين حصول الأثمار فيها وعدمه ، فالعقد صحيح لاحتمال الأثمار . واذا عينت مدة و برز فيها بعض الثمر ثم برز بعض الثمر بعد انقضاء المدة ، فالعامل يكون شريكا فيما برز فقط . أما إذا لم يبرز شيء طول المدة فالعقد فاسد وللعامل أجر المثل .

أحكام المساقاة الصحيحة هي:

١ — ان كل عمل يحتاج اليه الشجر من السقي واصلاح النهر والحفظ

والتلقيح للنخل فعلى العامل، لانها من توابع المعقود عليه فيتناوله العقد . وكل ما كان من باب النفقة على الشجر من السماد ونصب العرائش ونحوهما ، فعلى الطرفين ، على قدر حصتهما ، لان العقد لم يتناوله لا مقصوداً ولا ضرورة ، وكذلك الجذاذ والقطاف ، لان ذلك يكون بعد انتهاء العمل ، فلا يكون من حكم العقد .

٢ — أن يقسم الخارج بين العاقدين على الشرط (م ١٤٤٦) .

٣ — إذا لم يخرج الشجر شيئاً فلا شيء لواحد من العاقدين

وأما المساقاة الفاسدة فحكمها ان الثمرة تكون بتمامها لصاحب الاشجار ويأخذ العامل اجر المثل (م ١٤٤٧) على الا تزيد الاجرة على مقدار الحصة التي كان قد رضي بها . وكذلك له اجر في المساقاة الفاسدة إذا لم يخرج الشجر ثمرة .

انتهاء المساقاة

تنتهي المساقاة بامور :

١ — بموت أحد العاقدين ، غير انه إذا مات صاحب الاشجار والثمرة فجة فرعاية لمصلحة الجانبين يداوم العامل ، على العمل الى أن تنضج الثمرة ولا يسوغ لورثة المتوفي منعه ، كما ان العامل ليس له أجرة في المدة التي بين انفساخ العقد ونضج الثمر . واذا مات العامل والثمرة فجة فلورثته أن يقوموا مقامه وليس لصاحب الشجر منعهم . ولكن العامل أو ورثته لا يجبرون على الدوام على العمل ، بل لهم ذلك ان شاؤا ، ولهم ان يتركوا العمل ، وحينئذ يكون صاحب الشجر مخيراً بين أحد الامور الثلاثة الآتية :

أ — الموافقة على قطع الثمر القائم وقسمته حسب السهام المتفق عليها .

ب — اعطاء العامل او ورثته من النقود قيمة ما يخص نصيبهم مستحقاً للقطع .

ج — الانفاق على الشجر حتى ينضج الثمر ثم الرجوع على العامل او ورثته بقدر نصيبه مما انفق او ان يأخذ به ثماراً من نصيبه (م ١٤٤٨) .

٢ — بانتهاء مدة المساقاة .

٣ — بالاقالة .

٤ — بفسخ أحد الطرفين لعذر من الاعذار التي مر ذكرها في فصل المزارعة . ومن الاعذار عجز العامل عن العمل لمرض أو عاهة أو نحوهما او سفره سفراً مضطراً اليه ان اشترط ان يعمل بنفسه ، والا فلا يكون كل منها عذراً بل له ان يضم غيره مقامه . ومن الاعذار التي في جانب العامل ان يكون سارقاً معروفاً بالسرقة ، فيخاف منه على الثمر والسعف مثلا .

كتاب الوكالة

ينحصر البحث في الوكالة بالمواضيع الآتية :

١ — تعريف الوكالة وركنها وصفتها ،

٢ — اقسامها ،

٣ — شروطها ،

٤ — احكامها العامة ،

٥ — احكام الوكالة بالشراء ،

٦ — احكام الوكالة بالبيع ،

٧ — الاحكام المتعلقة بالمأمور ،

٨ — حكم الوكالة بالخصومة ،

٩ — انتهاء الوكالة .

تعريف الوكالة :

هي اقامة الانسان غيره مقام نفسه في تصرف جائز معلوم يملكه . ويقال للمقيم موكل ، ولمن اقامه مقامه وكيل ، ولذلك التصرف ، موكل به انظر المادة (١٤٤٩) ، ويفهم من التعريف ان الموكل به يلزم ان يكون معلوماً ، ويقتضي ذلك الا تصح الوكالة العامة ، الا ان يقال ، ان التعميم يؤدي الى الغرض من تعيين الموكل به فان التعميم يشمل جميع انواع التصرفات وهذا بحكم ما لو عين تصرف مخصوص .

والوكالة غير الرسالة من حيث الماهية والحكم ، اما من حيث الماهية فان الرسالة

هي تبليغ احد كلام الآخر لغيره من دون ان يكون له دخل في التصرف ويقال للمبلغ رسول ولصاحب الكلام مرسل وللآخر مرسل اليه . (م١٤٥٠)

واما من حيث الحكم ، فالفرق يتضح من الأمور الآتية :

١ – الوكيل يعقد العقد بنفسه والرسول انما هو مبلغ بكون مرسله قد باشر العقد

٢ – الوكيل قد يضيف العقد الى نفسه والرسول يضيفه الى موكله دائماً

٣ – حقوق العقد في الوكالة تعود للوكيل لا للموكل ، وفي الرسالة تعود للمرسل لا للرسول

٤ – رؤية الوكيل المبيع تسقط خيار الرؤية ورؤية الرسول لا تسقطه .

٥ – الوكيل اذا عزل عزلا حقيقياً لا تنتهي وكالته الا بعد علمه بالعزل والرسول تنتهي رسالته من حين العزل .

٦ لا تجوز الوكالة بالاستقراض (على الرأي الراجح) وتجوز الرسالة به انظر المادة (م ١٤٥٤)

ركن الوكالة

ركنها الايجاب والقبول كسائر العقود ، وليس لهما الفاظ مخصوصة ، بل كل لفظين يدلان على اقامة شخص غيره مقامه في التصرف يصلحان ايجاباً وقبولا ، كان يقول الموكل : وكلتك بكذا او افعل كذ او اذنت لك ان تفعل كذا او اجزت لك ان تفعل كذا ، (م١٤٥٢) ويقول الوكيل قبلت او رضيت . والقبول كما يكون صراحة يكون دلالة ، كما لو قال الموكل وكلتك بكذا فسكت الوكيل ثم باشر العمل المذكور في الايجاب فان تصرفه صحيح ، سواء وقعت مباشرته

العمل في المجلس او في خارج المجلس ، لان السكوت في معرض الحاجة بيان . لكن اذا كان الوكيل قد رد التوكيل بعد صدور الايجاب لا يكون هناك توكيل ما ، فاذا تصرف المراد توكيله بعد ما سبق منه الرد لا يكون تصرفه صحيحاً نافذاً في حق الموكل ، بل قد يكون موقوفاً على اجازته باعتبار المتصرف فضولياً كما لو وكل احد آخر ببيع داره فرد التوكيل ثم باع الدار ، فان بيعه يكون موقوفاً على اجازة صاحبها ، وقد يكون التصرف نافذاً في حق المتصرف نفسه ، كما لو وكل احد آخر بشراء دار ، فرد التوكيل ثم اشتراها فان الشراء يقع له نافذاً .

ثم ان الاجازة اللاحقة للعقود الموقوفة بحكم الوكالة السابقة فاذا عقد الفضولي عن غيره كان عقده موقوفا ، فاذا اجاز من عقد الفضولي عنه . نفذ العقد باعتبار الفضولي وكيلا عن المجيز حين العقد ، فبيع الفضولي واجارته وهبته تكون نافذة اذا اجاز من عقد الفضولي عنه ، وكانت شروط الاجازة متوفرة عند صدورها ، هي وجود العاقدين والمعقود عليه وكون كل من العاقدين اهلا للتصرف ، اما شراء الفضولي فان اضافه الى من عقد عنه كان موقوفاً على اجازته كما لو قال البائع بعت هذا المال لفلان بكذا درهما فقال الفضولي قبلته عن فلان . اما لو اضاف الشراء الى نفسه فانه قد ينعقد لنفسه نافذاً كما لو قال البائع بعتك هذا المال لفلان بكذا درهما فقال المشتري اشتريت ا . قبلت وقع البيع نافذاً عليه ، واذا قال البائع بعتك هذا المال بكذا درهما فقال المشتري قبلته عن فلان ، لا ينعقد البيع لعدم امكان ارتباط القبول بالايجاب في هذا الوجه .

والاجازة لا تلحق غير العقود الموقوفة ، فلا تلحق العقود النافذة ، والعقود الفاسدة او الباطلة ، ولا تلحق الاتلاف فلو اتلف احد مال شخص فاجاز

صاحب المال ذلك الاتلاف لا تعتبر الاجازة ، فله حق تضمين المتلف بعد ذلك . ولا تلحق الاجازة العقود المفسوخة فاذا فسخ صاحب المال بيع الفضولي فليس له بعد ذلك اجازته .

والاجازة كما تكون بالقول تكون بالفعل ، كما لو قبض صاحب المال ثمن ماله الذي باعه الفضولي وقد تكون الاجازة لعقد قد وقع كما لو افسد الخياط الثوب فاخذه صاحب الثوب ولبسه ، فليس له تضمين الخياط بعد ذلك ، لان أخذ صاحب الثوب ثوبه ولبسه اياه ، اجازة لفعل الخياط في الثوب . ويستثنى من الافعال الاتلاف ، فانه لا تلحقه اجازة ، كما مر آنفاً .

وهل يتضمن الامر التوكيل ؟ أي اذا أمر أحد آخر باجراء عمل فهل يكون ذلك توكيلا له بالعمل المذكور ؟

ان الامر يكون على ثلاث حالات :

١ — يعتبر فيها توكيلا ، وذلك إذا صدر الأمر مفيداً انابة المأمور عن الآمر فى اجراء عمل ، كما لو دفع أحد الى آخر نقوداً وقال له اشتر الشيء الفلاني من التاجر الفلاني ، فذهب واشتراه منه ، وكما شرط للمأمور اجرة على العمل الذي أمره به ، لان شرط الاجرة دليل الانابة .

٢ — يعتبر فيها رسالة . وذلك اذا صدر الامر على وجه لا يشعر بانابة المأمور عن الآمر . كما لو ساوم أحد تاجراً في مال ثم أرسل خادمه قائلا اشتر المال الذي ساومت فيه مع فلان اذهب اليه وقل له ان سيدي اشترى منك المال الفلاني بكذا ، فان المأمور هنا رسول لا وكيل ، والامر ارسال لا توكيل.

٣ — يعتبر فيها مشورة لا توكيلا ، ولا ارسالا ، كما اذا صدر الامر في

مقام الاستشارة والمشورة، كما لو قال أحد لآخر في معرض شرائه شيئاً : اشتره بالف فانه جيد .

صفة عقد الوكالة

هي من العقود غير اللازمة من الجانبين أي انه يجوز لكل من المتعاقدين فسخه بدون رضاء الآخر ، الا اذا تعلق بالوكالة حق الغير فانها تكون لازمة على الطرفين . وذلك كالتوكيل ببيع المرهون لاداء الدين من ثمنه ، وكذلك تكون لازمة اذا كانت باجرة لان الوكيل حينئذ أجير خاص، أو عام. فيترتب على عقد الوكالة حينئذ أحكام الاجارة .

أقسام الوكالة

تنقسم الوكالة باعتبار العقد الى مطلقة ، ومقيدة بشرط ، ومعلقة ، ومضافة الى الزمن المستقبل . وتنقسم باعتبار الموكل به الى عامة وخاصة .

الوكالة المطلقة : هي التي لم تعلق على شرط ، ولم تقيد بشرط ولم تضف الى الى مستقبل ، كأن يقول الموكل وكلتك على بيع داري فيقول الوكيل قد قبلت (م ١٤٥٩) .

الوكالة المعلقة : هي التي علقت على شرط كأن يقول الموكل وكلتك على بيع فرسي اذا جاء التاجر الفلاني الى هنا وقال الوكيل قبلت ، فاذا جاء التاجر تتحقق الوكالة فللوكيل بيع الفرس حينئذ وليس له بيعها قبل ذلك (م ١٤٥٩) وكذلك تنعقد الوكالة معلقة كما لو قال الراهن للمرتهن اذا حل أجل الدين ولم أؤدي الدين اليك فانت وكيلي ببيع المرهون لاستيفاء الدين وقبل المرتهن ،

فاذا حل الاجل ، ولم يف الراهن بالدين فللمرتهن بيع المرهون استيفائه الدين من ثمنه .

ومن انواع الوكالة المعلقة . الوكالة الدورية وهي ان يقول الموكل وكلتك ببيع هذا المال على اني كلما عزلتك فانت وكيلي ، فكلما يعزله الموكل تنعقد وكالة جديدة . وانما سميت دورية لانها تدور على نفسها . وصورة التخلص من حكم هذه الوكالة هي أن يقول الموكل رجعت عن الوكالة المعلقة وعزلتك عن الوكالة المنجزة .

الوكالة المقيدة : هي التي قيدت بقيد مفيد من كل وجه ، كأن يقول الموكل وكلتك على بيع داري بمائة دينار وقال الوكيل قبلت ، فليس له ان يخالف القيد فلا يجوز له ان يبيعها باقل من المقدار المضروب له ، واذا فعل كان بيعه موقوفا على اجازة الموكل (م ١٤٥٦) . اما اذا لم يكن في القيد الذي قيد به الموكل فائدة ما فانه يعد لغواً ولا يلزم الوكيل بمراعاته، كما لوقال الوكيل وكلتك ببيع هذه الدار بمائة دينار ولا تبعها باكثر من ذلك . فان للوكيل ان يبيعها باكثر من ذلك ولا عبرة بالقيد ، أو قال له بع مالي بكذا ولا تأخذ بالثمن كفيلا ، فان هذا القيد لغواً . واذا كان القيد مفيداً من وجه وغير مفيد من وجه فان كان الموكل قد نهى الوكيل عن مخالفة القيد ، لزم الوكيل اتباع القيد فاذا خالف كان عقده موقوفا على اجازة موكله ، كما لو قال له بع هذا المال بكذا بمحضر من الشهود فان هذا القيد مفيد من وجه وهو اذا كان الشهود الحاضرين عدولاً . وغير مفيد اذا تبين انهم غير عدول ، فاذا كان الموكل قد قال له

لا تبع بغير محضر الشهود ، لا يجوز للوكيل المخالفة ، وان لم يكن قد نهاه كان له المخالفة .

غير ان الوكيل ليس له المخالفة في الجنس الذي قيده به الموكل، ولو كانت المخالفة الى النفع . فلو قال له بع فرسي بالف درهم فباعها بخمسين طناً من الحنطة لا ينفذ البيع على الموكل . أما المخالفة في القدر فان كانت الى النفع ، فجائزة ، والا فلا ينفذ العقد في حق الموكل ، كما لو وكله على بيع فرسه بمائة درهم فباعها بالف ، فان العقد نافذ في حق الموكل لان المخالفة الى النفع ، لكن اذا باعها بثمانين درهما مثلا ، لا تنفذ في حق الموكل .

الوكالة المضافة الى المستقبل : هي التي قيد حكمها في زمن في المستقبل ، أي ان اثر العقد فيها لايعتبر الا اذا جاء ذلك الزمن الذي تقيدت به الوكالة ، كما لو قال الموكل وكلتك على بيع داري عند حلول شهر نيسان وقال الوكيل قبلت فان تصرف الوكيل بالبيع لا يعتبر الا اذا حل نيسان (م ١٤٥٦) . والفرق بين الوكالة المعلقة والوكالة المضافة الى المستقبل ، ان الوكالة في المعلقة لا تنعقد الا عند تحقق الشرط ، وفي المضافة ، تنعقد في الحال ولكن ظهور حكمها لا يكون إلا في المستقبل .

الوكالة الخاصة : هي التي يكون موضوعها عملا معيناً أو أعمالا معينة ، كأن يقول وكلتك باجارة ارض او بيع فرس، وحكم الوكالة الخاصة ان الوكيل ليس له ان يتصرف عن الموكل الا بالخصوص الذي قيد به .

الوكالة العامة : هي التي لا تشتمل على بيان عمل معين بذاته بل يقتصر فيها على ذكر انابة الموكل الوكيل في أعماله بصورة عامة أي بذكر عبارة تدل على

العموم في التصرف . كأن يقول للوكيل أنت وكيلي في كل شيء ، أو في كل مالي وعلي من الحقوق والتصرفات ، أو فوضت اليك الامر فيما يتعلق بادارة شئون أموالي . أو وكلتك وكالة مطلقة عامة ، فلو لم يذكر في الايجاب ما يشعر بالعموم في التصرف لا تكون عامة ، كما لو قال له قد وكلتك على أموالي ، فان الوكالة هنا تحمل على الوكالة بحفظ الاموال . لان الحفظ اقل معاني الوكالة ، واللفظ يحمل على اقل ما يحتمله اذا لم تقم القرينة على خلاف ذلك .

وحكم الوكالة العامة . ان للوكيل أن يباشر جميع أعمال الموكل بنفسه ويجوز له أن يوكل عنه غيره في مباشرتها ، ويعتبر الوكيل الثاني وكيلا عن الموكل فلا يعزل بعزل الوكيل الاول ولا بموته (م ١٤٦٦) ولكن ليس للوكيل العام مباشرة التبرعات والاسقاطات في حق موكله ، فليس له أن يهب شيئاً من امواله ولا ان يطلق زوجته ، او يقف املاكه .

شروط الوكالة :

منها ما يخص الموكل ، ومنها ما يخص الوكيل ، ومنها ما يخص الموكل به .

أما ما يخص الوكيل ، فهو ان يكون ممن يملك فعل ما وكل به بنفسه ، لان التوكيل تفويض ما يملكه من التصرف الى غيره ، فما لا يملكه بنفسه كيف يحتمل التفويض الى غيره ، فلا يصح التوكيل من المجنون والصبي الذي لا يعقل اصلا ، لان العقل من شرائط الاهلية ، وكذا من الصبي العاقل بما لا يملكه بنفسه . كالطلاق والهبة والصدقة ونحوها من التصرفات الضارة محضاً ، ويصح بالتصرفات النافعة كقبول الهبة والصدقة من غير اذن الولي ، لانه مما يملكه بنفسه بدون اذن الولي فيملك تفويضه الى غيره بالتوكيل ،

وأما التصرفات الدائرة بين الضرر والنفع كالبيع والاجارة ، فان كان مأذوناً له بالتجارة يصح منه التوكيل بها لانه يملكها بنفسه ، وان كان محجوراً ينعقد موقوفاً على اجازة وليه (م ١٤٥٧) .

وأما الذي يرجع الى الوكيل فهو :

١ — ان يكون عاقلا ، فلا تصح وكالة المجنون والصبي الذي لا يعقل . وأما البلوغ فليس بشرط لصحة الوكالة فتصح وكالة الصبي المميز مأذوناً كان أو محجوراً . الا انه اذا كان محجوراً فان حقوق العقد تلزم موكله ولا تلزمه (م ١٤٥٨) . ولكن قبضه ثمن ما قد باعه حسب وكالته معتبر ، وكذلك تسليمه ما قد باعه ، مع ان القبض والتسليم من حقوق العقد ، وسبب هذا الاعتبار هو ان عدم اللزوم لاينفي الجواز . فعدم لزوم حقوق العقد بالنسبة اليه لا ينفي جواز قيامه بها وانما لم تعد حقوق العقد اليه لان في ذلك نوع تبرع وهو ليس من أهل التبرع. وأما الصبي المميز المأذون فحكمه حكم البالغ، فتعود اليه حقوق العقد الذي قام به حسب الوكالة .

والسفيه المحجور حكمه حكم الصبي غير المأذون في جميع ما تقدم .

٢ — علم الوكيل أو من يتعاقد معه بالتوكيل فاذا لم يعلم به واحد منهما ، كان العقد موقوفاً على الاجازة وطريق العلم بالوكالة قد يكون بسماع الوكيل بنفسه من الموكل ، وقد يكون بواسطة خطاب أو رسول منه ، أو باخبار رجلين أو رجل وامرأتين مطلقاً ، أو باخبار رجل واحد عدل أو غير عدل وقد صدقه الوكيل ، فانه في جميع هذه الاحوال يكون وكيلا .

٣ — أن يكون الوكيل معلوماً ، أي غير مجهول جهالة فاحشة ، فلو قال

الدائن لمدينه سلم ديني لـكل من يريك العلامة الفلانية ، فان المدين إذا سلم الدين لمن اراه تلك العلامة فهلك الدين في يده لا يبرأ من الدين ، لأن الوكيل بالقبض مجهول جهالة فاحشة ، اما لو كانت الجهالة يسيرة فلا يضير ، كما لو خاطب أحد شخصين قائلا وكلت أحدكما ببيع مالي هذا ، فايهما قام بالبيع نفذ بيعه .

وأما الذي يرجع الى الموكل به ، فانه يرجع الى بيان ما يجوز التوكيل به وما لا يجوز ، ومجمل القول فيه ان التوكيل لا يخلو اما ان يكون بحقوق الله (وتسمى بلسان القانون الحق العام) وهي الحدود (عقوبات) واما ان تكون بحقوق العباد .

والتوكيل بحقوق الله نوعان : أحدهما بالاثبات والثاني بالاستيفاء ، اما التوكيل باثبات الحدود فان كان في حد لا يحتاج فيه الى الخصومة كحد الزنا ، لا يصح لانه يثبت عند القاضي بالبينه والاقرار بلا خصومة ، وان كان مما يحتاج فيه الى الخصومة كحد السرقة وحد القذف ، فيجوز التوكيل باثباته والتوكيل باستيفاء الحدود جائز .

والتوكيل في حقوق العباد الخالصة جائز فيجوز للانسان ان يوكل عنه غيره بايفاء ما عليه من الديون ، وباستيفاء ماله منها ، وبالبيع والشراء ، والاجارة والاستئجار ، والهبة والاتهاب ، والوصية والايصاء ، والخصومة ، والصلح ، و بقبض رأس مال السلم ، و ببدل الصرف في مجلس العقد ، و بطلب الشفعة ، وبالرد بالعيب ، وبالقسمة ، وبالزواج ، وبالخلع ، والاعارة ، والاستعارة ، والايداع ، والاستيداع ، والرهن والارتهان ، والشركة ، والمضاربة ،

والاقراض . وقبض الدين ، والاقرار ، والخصومة ونحو ذلك من التصرفات (م ١٤٥٩) . ولا يجوز التوكيل بالاستقراض إلا إذا أضاف الوكيل العقد الى موكله فانه يكون رسولا حينئذ . وجوز أبو يوسف الوكالة بالاستقراض ، لان كل من يملك تصرفاً فان له ان يوكل عنه غيره في ذلك التصرف . ولا يجوز التوكيل على احراز المباحات .

ولابد من ان يكون الموكل به معلوماً فلا يصح التوكيل على تصرف مجهول . ويستخلص مما سبق ان شروط الوكالة هي :

١ - ان يكون الموكل مقتدراً على ايفاء العمل بنفسه لنفسه .

٢ - ان يكون الوكيل عاقلا مميزاً ، ولا يشترط بلوغه .

٣ علم الوكيل او من يتعاقد معه ، بالوكالة .

٤ ان يكون الوكيل غير مجهول جهالة فاحشة .

٥ - ان يكون الموكل به معلوماً .

٦ - ان يكون من الامور القابلة للتوكيل بها .

أحكام الوكالة

للوكالة عدة أحكام ، منها :

أ - ثبوت ولاية تصرف الوكيل فيما يشمله التوكيل .

ب - ليس للوكيل ان يوكل غيره في الخصوص الذي وكل به ، إلا اذا اذنه الموكل بذلك ، أو قال له اعمل برأيك ، أي عمم له الوكالة ، فله حينئذ ان يوكل وكيلا في الخصوص الذي توكل به ، ويعتبر هذا الوكيل وكيلا عن

الموكل ، لان الوكيل الاول يكون قد وكل الثاني باسم موكله ، فهو واسطة في تنفيذ أمره وتبليغه ، وعليه فلا ينعزل الوكيل الثاني بعزل الوكيل الاول أو بوفاته (م ١٤٦٦) . وهل للوكيل الاول عزل الثاني ؟

ينظر فاذا كان الموكل خصص له توكيل شخص معين أو قال له وكل من شئت ، فليس له حق العزل ، وان قال له اصنع ما شئت أو اعمل برأيك ، كان له أن يعزله بعد ما وكله .

ويستثنى من عموم هذا الحكم ثلاث مسائل :

١ — الوكيل بقبض الدين له أن يوكل امينه بقبض الدين المذكور ، فاذا قبضه الوكيل الثاني برئ المدين ، واذا هلك بيده بلا تعد أو تقصير لا ضمان عليه لانه امين .

٢ — الوكيل بدفع الزكاة له أن يوكل غيره بدفعها .

٣ — إذا قدر الوكيل بالبيع ثمن الشيء المراد بيعه ، فله أن يوكل غيره بالبيع بذلك الثمن ، لان الاحتياج الى رأي الوكيل انما هو لتقدير الثمن وقد حصل ذلك منه في الصورة المذكورة ، وكذلك الامر في الوكيل بالشراء .

ج — إذا تعدد الوكلاء بان وكل شخص شخصين او أكثر في عمل أو عدة أعمال ، فان كانت الوكالة بعقد واحد وجب اتفاق الوكلاء على العمل ولا يجوز لواحد منهما الانفراد بعمل أو تصرف ، إلا إذا كان لا يحتاج في عمله الى الرأي ، وذلك كتسليم الهبة ورد الوديعة وأداء الدين والطلاق على غير مال ، والخصومة ، أو كان الموكل قد صرح في عقد الوكلة بجواز انفراد كل واحد من الوكلاء بالعمل ، كان يقول : على أن يعملوا مجتمعين ومنفردين .

وان كان الموكل قد وكل كل واحد من وكلائه المتعددين بعقد على حدة جاز لكل واحد الانفراد بالتصرف ، (م ١٤٦٥) ويستثنى من هذا الحكم :

١ — ما لو عين الملاك حاكمين للنظر في دعوى .

٢ — الحكمان (بفتح الحاء والكاف) اللذان عينهما الخصمان .

٣ — الوصيان اللذان نصبهما الحاكم أو الولي على الصغير .

٤ — المضاربان اللذان عقدا المضاربة مع رب المال .

فان هؤلاء لا يستقل أحدهم في العمل ، وان كان تعيين كل واحد في زمن غير الزمن الذي قد عين فيه الآخر .

د — ان المقبوض في يد الوكيل بجهة التوكيل بالبيع والشراء وقبض الدين والعين وقضاء الدين ، أمانة بمنزلة الوديعة ، لان يده يد نيابة عن الموكل بمنزلة يد المودع فيضمن بما يضمن في الودائع ويبرأ بما يبرأ فيها على ما مر في كتاب الامانات . وكذلك المال في يد الرسول . (م ١٤٦٣) ويكون القول قوله في دفع الضمان عن نفسه . ويتفرع على هذا :

٤ المقبوض بمنزلة الوديعة

١ — لو دفع المدين لوكيله دراهم ليدفعها الى دائنه فادعى الوكيل الدفع وانكر الدائن ، فالقول للوكيل ، لان الاصل براءة ذمته . ولكن لا يقتضي ذلك ثبوت قبض الدائن ولا سقوط حقه ، بل يقال حينئذ للمدين : صدق أحدهما وكذب الآخر . فان صدق الوكيل وعجز عن اثبات قوله ، يحلف الدائن ، فان حلف لزم على الموكل الدفع الى الدائن دينه ، ولا يرجع بشيء على الوكيل . وان صدق الدائن ، حلف الوكيل ، فان حلف لا يلزمه شيء

وللدائن مطالبة الموكل بدينه .

٢ — لو ارسل المدين دينه الى الدائن وقبل الوصول اليه تلف في يد الرسول ، فان كان رسول المدين يتلف من مال المدين ، وان كان رسول الدائن يتلف من مال الدائن ويبرأ المدين من الدين (م ١٤٦٤)

هـ — ان حقوق العقد تعود الى الوكيل إذا أضاف العقد الى نفسه وتعود الى الموكل ، اذا أضاف الوكيل العقد الى الموكل ، بخلاف الرسول فان حقوق العقد تعود الى مرسله (م ١٤٦٢) .

حقوق العقد تعود الى الوكيل او الموكل

وجملة القول في هذا المقام هو ان الموكل به نوعان نوع لا حقوق له إلا ما امر به الموكل كالتوكيل بتقاضي الدين والتوكيل بالملازمة ونحوهما . ونوع له حقوق كالبيع والشراء والنكاح والخلع ونحوها . اما التوكيل بالبيع والشراء فحقوقهما ترجع الى الوكيل اذا اضاف العقد الى نفسه فيسلم المبيع ، ويقبض الثمن ، ويطالب به . ويخاصم في العيب .

والاصل ان كل عقد لا يحتاج فيه الى اضافته الى الموكل ويكتفي فيه بالاضافة الى الوكيل فحقوقه راجعة الى العاقد كالبياعات والاشرية والاجارات والصلح عن اقرار ، فحقوق هذه العقود ترجع الى الوكيل وعليه . (م ١٤٦١) ويكون الوكيل في هذه الحقوق كالمالك والمالك كالاجنبي ، حتى لا يملك الموكل مطالبة المشتري بالثمن ولو طالبه فابى لا يجبر على تسليم الثمن اليه . ولو امره الوكيل بقبض الثمن ملك المطالبة فاذا طالب المشتري بالثمن يجبر على التسليم اليه . واذا ابى الوكيل من مطالبة المشتري بالثمن ولم يأذن لموكله بالمطالبة يجبره الحاكم على ان يوكل موكله بالمطالبة ،

اذا طلب الموكل ذلك من الحاكم .

والاصل ايضاً ان كل عقد يحتاج فيه الى اضافته الى الموكل فحقوقه ترجع الى الموكل ، كالنكاح والطلاق على مال ، والخلع والصلح عن انكار ، فحقوق هذه العقود تكون للموكل وعليه ، والوكيل فيها سفير ومعبر محض عن الموكل ، حتى ان وكيل الزوج في النكاح لا يطالب بالمهر ، وانما يطالب به الزوج الا اذا ضمن المهر فيطالب حينئذ بموجب كفالته لا بسبب وكالته . ووكيل المرأة لا يملك قبض المهر .

والاصل ايضاً ان كل عقد لا يتم الا بالقبض كالهبة والصدقة ، والاعارة ، والايداع ، والرهن ، والقرض ، لا يملك الوكيل المطالبة بحقوق العقد من رد العارية والوديعة وفك الرهن ورد بدل القرض . والرجوع عن الهبة ، لان الحكم في هذه العقود يقف على القبض ولا صنع للوكيل في القبض بل هو صنع القابض في محل مملوك للموكل فكانت حقوق العقد راجعة اليه وكان الوكيل سفيراً عنه بمنزلة الرسول ، بخلاف الوكيل بالبيع والشراء والاجارة والصلح عن اقرار ، لان الحكم فيها للعقد لا للقبض والوكيل هو العاقد حقيقة وشرعا .

والخلاصة : ان القول بان حقوق العقد تعود للوكيل اذا اضاف العقد الى نفسه والى موكله اذا اضاف العقد اليه ، انما هو في العقود التي يجوز للوكيل ان يضيفها الى نفسه او الى موكله ، ولم تكن من العقود التي لا تتم الا بالقبض .

اما التي لا يجوز اضافتها الى نفسه اي التي لا تقع عن موكله الا اذا اضافها الى موكله ، فانه اذا اضافها الى نفسه فانها تقع اليه اصالة ، ولا تعود الى موكله

بوجه من الوجوه واذا اضافها الى موكله فانها تقع لموكله وتعود حقوقها على الموكل.

والعقود التي لا تتم الا بالقبض ، تقع عن موكله مطلقاً سواء اضاف العقد الى نفسه او الى موكله الا ان حقوق العقد مطلقاً تعود الى موكله ، لما سبق من العلة .

والعقود التي يجوز للوكيل اضافتها الى نفسه والى موكله فتقع عن موكله في الصورتين ولم تتوقف على القبض هي : البيع ، والشراء والاجارة والصلح عن اقرار (م ١٤٦١) و بعبارة اخرى عقود المعاوضات .

والعقود والتصرفات التي لا يجوز للوكيل اضافتها الى نفسه ، اي التي لا تقع عن موكله الا اذا اضافها الى موكله ، هي : الارتهان والاتهاب وقبول العارية والشركة ، والمضاربة ، والصلح عن انكار ، والنكاح ، وكذلك الطلاق والوقف . وانما اشترط في هذه التصرفات اضافتها الى الموكل ، لانها تتضمن الاسقاط المنبئ عن الملاشاة فهي لا تقبل انفصال الحكم عن السبب بل تقارنه في الوجود ، فلا يجوز اذاً ان يصدر السبب من شخص و يثبت حكمه لشخص آخر ، بخلاف المعاوضات فانها تقبل انفصال الحكم عن السبب ، الا ترى ان البيع قد يتحقق سببه - وهو العقد - ويتأخر حكمه اذا كان فيه خيار ، فحكمه قد لا يقارن سببه ، فهو يقبل انفصال الحكم عن السبب فجاز فيه ان يصدر السبب من شخص ويثبت الحكم لشخص آخر .

والعقود التي لا تتم الا بالقبض هي : الهبة ، والاعارة ، والرهن ، والايداع والاقراض .

و اذا لم تشرط الاجرة في الوكالة فاذا اوفى الوكيل بها يكون متبرعاً ليس له ان يطالب باجرة الا اذا كان ممن يشتغل في مثل الخصوص الذي توكل به بالاجرة ، فانه يستحق حينئذ اجر المثل ، ولو لم تشرط له اجرة ، لان المعروف عرفا كالمشروط شرطاً .

اما لو شرطت الاجرة فان الوكيل يستحقها عند ايفائه الخصوصي الموكل به فيستحق الاجر المسمى ان كانت الاجارة صحيحة واجر المثل ان كانت فاسدة (م ١٤٦٧) . وانظر المادة (٥٦٢) .

وذهب الامام الشافعي الى ان حقوق العقد تعود الى الموكل مطلقاً .

الوكالة بالشراء

افردت المجلة فصلا خاصاً بالوكالة بالشراء ، وفصلا خاصاً بالوكالة بالبيع ، ولم تفرد فصولا خاصة بالوكالة بالايجار والاستئجار ، والرهن والقرض ، وغيرها من التصرفات التي تجري فيها الوكالة ، وذلك لاهمية الكلام في الوكالة بالبيع والشراء وكثرة جريانها بين الناس .

شرط الوكالة بالشراء :

الاصل في هذا الباب : ان الوكالة بالشراء في ثلاث صور تعتبر صحيحة مطلقاً :

١ - اذا كانت الوكالة عامة ، كان يقول الموكل للوكيل اشتر لي كل ما يلزمني لان الموكل به معلوم في الجملة ، لان كل ما يشتريه للموكل يكون ممتثلا في شرائه لامره .

٢ - ان يكون الموكل به معلوما بالشخص ، كان يقول للوكيل اشتر لي هذه

الدار ، أو سيارة زيد .

٣ — ان يكون الموكل به مجهولا جهالة يسيرة ، كان يقول للوكيل اشتر لي شاة أو بقرة ، أو جملا . وانما لم تضر الجهالة اليسيرة لان مبنى التوكيل على التوسع ، لانها للاستعانة ، فاذا اعتبرت الجهالة اليسيرة مانعة لصحة الوكالة ، كان في الامر حرج .

وتصح الوكالة ايضاً اذا كان الموكل بشرائه مجهولا جهالة متوسطة بشرط بيان ثمنه ، او وصفه ، كما لو وكل أحد غيره بشراء دار او لؤلؤة فما لم يذكر ثمن الدار او اللؤلؤة او وصفهما وصفاً يجعلهما معلومين ، لا تصح الوكالة .

ولا تصح الوكالة مطلقاً إذا كان الموكل به مجهولا جهالة فاحشة ، كان يقول الموكل للوكيل اشتر لي دابة ، فان التوكيل غير صحيح وان بين الثمن أو الوصف . وجهالة الجنس تعتبر جهالة فاحشة كالتوكيل بشراء دابة ، فان لفظ دابة يشمل اجناساً مختلفة كالخيل ، والبقر وغيرهما من صنوف الحيوانات . والمراد بالجنس هنا ما جاء في المادة (١٤٠) وهو ما لا يكون بين افراده تفاوت فاحش بالنسبة الى الغرض منه .

وجهالة النوع تعتبر يسيرة ، كالتوكيل بشراء فرس ، فان الجنس هنا معلوم ولكن النوع مجهول .

والجهالة المتوسطة هي الجهالة بين النوع والجنس كالتوكيل بشراء دار ، فان الدور من جنس واحد نظراً للغرض الاصلي منها وهو السكنى ، وليست كجنس واحد نظراً لاختلافها بالموقع والشكل ، فالجهالة متوسطة فاذا بين ثمنها أو وصفت للوكيل تكون الجهالة يسيرة فتصح الوكالة ، والا تبقى فاحشة فلا تصح

الوكالة . فيتضح مما سبق ان الموكل به يلزم ان يكون معلوماً للوكيل على الوجه الآنف الذكر ليتمكن من ايفاء الوكالة . وتحصل المعلومية ببيان جنس الشيء الذي يريد الموكل شراءه . وان لم يكن بيان جنسه كافياً بان كان تحت الجنس انواع متفاوتة فتحصل المعلومية ببيان نوعه أو ثمنه . فاذا لم يبين الموكل شيئاً مما سبق ذكره ، فان كانت الوكالة عامة صحت ، والا فلا تصح (م ١٤٦٨).
مثلا لو وكل أحد غيره بقوله اشتر لي فرساً تصح الوكالة . واذا أراد أحد أن يشتري له قماش ثياب يلزم ان يبين جنسه يعني قماش حرير أو قماش قطن مع بيان نوعه بقوله هندي او شامي ، او ثمنه بقوله بان تكون طاقته بكذا درهما ، فان لم يبين جنسه وقال اشتر لي دابة ، او ثياباً ، او قال ثياب حرير ولم يبين نوعه او ثمنه فلا تصح الوكالة . ولكن لو قال اشتر لي قماش ثياب ، اوحرير من اي جنس ونوع كان فهو مفوض لرأيك تكون الوكالة عامة وللوكيل ان يشتري من اي نوع وجنس شاء (م ١٤٦٨).

والاجناس تختلف بثلاثة وجوه :

١ — باختلاف الاصل كبز القطن و بز الكتان ، وصوف الغنم مع شعر المعزى ، ولحم البقر مع لحم الشاة ، وخل العنب مع خل التمر .

٢ — باختلاف المقصد وان كان الاصل واحداً ، كجلد الشاة مع صوفها .

٣ — باختلاف الصنعة ، وان كان الاصل والمقصد متحداً كالجوخ الانكليزي والجوخ الطلياني و بز الكتان النمسوي ، و بز الكتان الياباني (م ١٤٦٩).

احكام الوكالة بالشراء

١ - ليس للوكيل ان يخالف في جنس الشيء الذي قد وكل بشرائه، سواء كانت المخالفة الى خير او شر. ولا في جنس الثمن الذي قيده به الموكل . ويترتب على هذا ان الموكل اذا قال للوكيل اشتر لي داراً فاشتري له سيارة ، او قال اشتر لي مقدار كذا حنطة فاشترى له شعيراً او قال اشتر لي كبشاً فاشترى له نعجة ، لا يقع الشراء للموكل ، بل ينفذ على الوكيل نفسه . وكذا لو قال له اشتر لي داراً بمائة قنطار من الحنطة فاشترى له الدار بمائة قنطار من الشعير لا يقع الشراء للموكل ، بل ينفذ على الوكيل (م ١٤٧٠ و١٤٧١) .

٢ - اذا كان التوكيل مقيداً فانه تجب فيه مراعاة القيد سواء كان القيد راجعاً الى الشيء المشترى او الى الثمن ، الا اذا كانت المخالفة الى خير في القدر او الوصف . ويترتب على هذا ان الموكل اذا قال لوكيله اشتر لي هذه الدار بمائة دينار ، فاشتراها بازيد لا يكون شراؤه نافذاً على الموكل ، بل على الوكيل لكن لو اشتراها باقل فانه يكون نافذاً على الموكل ، وكذلك لو قال اشتر لي المال الفلاني نسيئة فاشتراه نقداً فانه ينفذ على الوكيل لا على الموكل (م ١٤٧٩) . وكذلك لو قال له اشتر لي بخيار شرط فاشتراه بلا خيار لا ينفذ الشراء على الموكل . ولكن لو قال له اشتر لي قنطار حنطة رديئة بمائة درهم فاشترى له قنطار حنطة جيدة بمائة درهم فان الشراء ينفذ على الموكل بخلاف العكس ، فانه ينفذ على الوكيل لا على الموكل . ثم ان القيد اما ان يكون صريحاً واما ان يكون بدلالة العرف ودلالة الحال ، كما لو قال الموكل اشتر لي لبنا ولم يصرح بكونه اي لبن ، فانه يحمل على اللبن المعروف في البلده

(م ١٤٧٣) فاذا اشترى له خلاف ذلك فانه ينفذ على الوكيل لا على الموكل . وكذلك لو وكل المكاري احداً باشتراء حصان فانه يحمل على حصان الحمل فلو اشترى له حصان سباق ، فانه لا ينفذ على الموكل بل على الوكيل . وبما ان القيد دلالة معتبر لم يشترط في صحة الوكالة لزوم بيان وصف الموكل به ككونه اعلى او ادنى او اوسط (م ١٤٧٨) ، لان هذا الاشتراط لا يلائم مبنى الوكالة وهو التوسع فان في ضبط الاوصاف مشقة ، فاستحسن عدم فساد الوكالة عند عدم ذكر الوصف والاكتفاء بدلالة العرف اوحال الموكل .

٣ ـ اذا كان التوكيل مطلقاً اي لم يقيد فيه الوكيل بشرط ، فانه يراعي فيه الاطلاق ما امكن الا اذا قام دليل على التقييد من عرف او غيره فيتقيد به على ما مر ذكره في الفقرة (٢) الآنفة الذكر .

مراعاة الاطلاق

احكام الوكالة بالبيع

الوكيل بالبيع اما ان يكون مقيداً بشروط من الموكل او غير مقيد بشيء .

فان كان مقيداً بشروط وجب عليه مراعاتها ، فان خالفها لا ينفذ العقد على الموكل بل يكون موقوفا على الاجازة ، فان اجازه نفذ ، والا بطل ، الا اذا كانت المخالفة الى خير ، فانه ينفذ على الموكل . ويترتب على هذا :

١ ـ اذا كان الموكل قد عين ثمناً فليس للوكيل ان يبيع بانقص من ذلك واذا باع ينعقد موقوفاً على اجازة موكله . ولو باع بلا اذن الموكل وسلم المال الى المشتري ، فللموكل ، ان يسترد المبيع من المشتري ، او ان يجيز البيع او ان يضمن الوكيل مقدار النقصان (م ١٤٩٥) اما اذا باعه باكثر مما عينه الموكل نفذ على الموكل ، لان الوكيل قد خالف الى خير .

١ اذا قيد بالثمن

٢ – اذا كان الموكل قيد الوكيل بان يبيع بالنقد ، فباع بالنسيئة كان البيع موقوفاً سواء كان التقييد صراحة او دلالة ، كما لو قال له بع مالي هذا واد ديني او قال بعه لأني محتاج الى النفقة ونحو ذلك مما يدل على تعجيل الثمن (م ١٤٩٧ آخر فقرة) فاذا باع في هذه الصور مؤجلا وسلم المبيع ، فانه يضمن معجلا لموكله ، كما ان للموكل ان يجيز البيع . وكذلك اذا قال له بعه بكذا مؤجلا الى سنة فباعه لاكثر من سنة . اما لو باعه نقداً او مؤجلا لاقل من سنة كان نافذاً لان المخالفة الى خير . قيد بالنقد

٣ – اذا قال الموكل لوكيله بع بالرهن او الكفيل ، او بشرط الخيار فاذا باع بدون مراعاة ذلك كان البيع موقوفاً ، واذا كان قد سلم المبيع ، كان الموكل مخيراً بين الاجازة وتضمين الوكيل الثمن (م ١٥٠١) . لكن لو لم يقيد الوكيل بلزوم اخذ الرهن او الكفيل ، فباع نسيئة واخذ رهناً او كفيلا كان له ذلك (م ١٥٠٠) لان حقوق العقد تعود اليه ومن جملة ذلك توثيق الدين ، فعليه اذا هلك الرهن وسقط الثمن او بعضه من جراء ذلك لا يضمن الوكيل ، لان الجواز الشرعي ينافي الضمان. ٣ قيد بالرهن والكفيل وبشرط الخيار

ووجه الفرق بين الوكيل بالشراء وبين الوكيل بالبيع من جهة ان الاول اذا خالف ينفذ العقد ، وان الثاني اذا خالف يتوقف العقد على الاجازة ، هو ان الوكيل بالشراء متهم ، اذ انه يملك الشراء لنفسه فيمكن تنفيذ الشراء عليه ، حتى لا يستطيع التخلص من كل ما يشتريه لنفسه ولا يرضى به ، بدعوى انه اشتراه للموكل . اما البيع فانه لا تهمة فيه على الوكيل .

وان كان الوكيل غير مقيد بشروط ، بل جاء عقد الوكالة مطلقاً من كل

قيد ، فانه يراعي الاطلاق . ويترتب على ذلك :

١ – ان للوكيل بالبيع مطلقاً ان يبيع مال موكله بالثمن الذى رآه مناسباً قليلاً كان او كثيراً اي ولو بالغبن الفاحش (م١٤٩٤). وذهب غير ابي حنيفة الى ان الوكيل لا يملك البيع الا بثمن المثل او الغبن اليسير في التوكيل المطلق ، لان مطلق البيع ينصرف الى المتعارف منه والبيع بغبن فاحش غير متعارف فلا ينصرف اليه التوكيل . ولا تخفى جدارة هذا الرأي .

٢ – ان الوكيل يملك البيع الصحيح والفاسد ، بالاثمان المطلقة وهي النقود ، وبغيرها . وله ان يبيع بالنقد و بالنسيئة لمدة متعارفة بين التجار في حق نوع المال المبيع ، اذا كان البيع الواقع للتجارة . ولكن ليس له ان يبيع لمدة طويلة غير متعارفة عند التجار في نوع المال (م ١٤٩٨) . وذهب غير ابي الى ان الوكيل في البيع المطلق لا يملك الا البيع الصحيح لا الفاسد والاثمان المطلقة لا بغيرها ، و بالنقد لا بالنسيئة . ولا تخفى جدارة هذا الرأي .

٣ – للموكل ان يبيع نصف المال الموكل ببيعه ، او ربعه او ثلثه عند ابي حنيفة عملا بالاطلاق . وذهب غيره الى ان المبيع اذ لم يكن يضره التبعيض يصح للوكيل بيع بعضه كالمقدرات من الموزونات ونحوها ، وان كان مما يضره التبعيض فليس له ذلك . واذا باع كان بيعه موقوفاً ، الا اذا باع النصف الآخر قبل الخصومة وفسخ البيع ، فانه يكون نافذاً حينئذ لحصول الغرض ، لان الوكيل قد لا يتيسر له بيع الكل دفعة واحدة . وقد اخذت المجلة هنا بمذهب غير ابي حنيفة (م ١٤٩٩) . و يستثنى من حكم هذه المادة ما لو وكل احد

شخصاً على بيع فرسه او داره بالف درهم ، فباع نصفها بالف درهم فانه يصح نافذاً في النصف .

ومن احكام الوكالة بالبيع

أ ـ لا يملك الوكيل بالبيع ان يبيع الشيء الموكل ببيعه لنفسه ولا لاولاده الصغار ولو امره الموكل بذلك ، لان حقوق العقد ترجع اليه فيكون مطالباً ومطالباً في آن واحد وهو لا يجوز ، كما انه يكون قد تولى طرفي العقد في غير المسائل التي يباح فيها ذلك (م ١٤٩٦) . ٤ ليس له ان يبيع لنفسه ولاولاده

لا يملك الوكيل بيع مال موكله لمن لا تقبل شهادتهم له الا في اربع صور : ٥ ولا لمن لا تقبل شهادتهم الا

١ ـ ان يكون قد باعه باكثر من ثمنه اذا باع باكثر

٢ ـ اذا كان الموكل قد وكله وكالة عامة بقوله بعه لمن شئت (م ١٤٩٧) او له وكالة عامة

٣ ـ اذا عين الموكل للوكيل ثمناً فباعه بذلك الثمن لمن لا تقبل شهادتهم له . او اذا امره

٤ ـ اذا امره الموكل ان يبيع المال لمن لا تقبل شهادتهم للوكيل . او عين له ثمناً

ج ـ ان الوكيل بالبيع لا يجبر على اداء الثمن من ماله اذا لم يكن قد قبض الثمن من المشتري (م١٥٠٢) لان الوكيل مأمور بالبيع وليس هو بمتعهد بالثمن. ولو انه دفع الثمن من كيسه بلا امر من المشتري،لم يكن قد قبض الثمن من المشتري يكون متبرعاً . ويستثنى من حكم هذه المادة ما اذا باع الوكيل معجلا ثم اجل الثمن ، فان تأجيله معتبر لان حقوق العقد تعود اليه ، الا انه يجبر على اداء الثمن الى موكله ، وهو يقبض له الثمن عند حلول الاجل . ٦ لا يجبر على اداء الثمن

د ـ ان قبض الثمن وان كان من حقوق الوكيل لا الموكل ، الا ان الموكل لو قبضه يصح ، لان الثمن المقبوض حق للموكل وقد وصل اليه ولا فائدة من ٧ يصح للموكل ان يقبض

استرداده وتكرار تسليمه بواسطة الوكيل (م ١٥٠٣) .

هـ — اذا كان الوكيل بلا اجرة ، فانه لا يجبر على استيفاء ثمن المال الذي باعه ولا على تحصيله ، لانه متبرع ، والمتبرع لا يجبر على العمل ، ولكنه يلزم ان يوكل موكله على قبض الثمن ، وايفاء سائر الحقوق او استيفائها . ثم اذا كان توكيله اياه بحكم الحاكم ، لا يملك الوكيل عزله ، لانه ليس له نقض حكم الحاكم . وان كان برضاه لا بحكم الحاكم ، كان له عزله . واما اذا كان الوكيل بأجرة كالدلال والسمسار ، فانه يجبر على تحصيل الثمن وايفاء سائر الحقوق او استيفائها ، لانه في هذه الصورة غير متبرع بل عامل باجرة ، واستيفاء الحقوق او ايفاؤها من تمام العمل الذي هو اجير فيه (م ١٥٠٤) .

و — للوكيل بالبيع أن يقيل البيع بلا اذن موكله إذا لم يكن قد قبض الثمن هو او موكله . أما لو قبض هو أو موكله ، فليس له الاقالة بعد ذلك لأن الثمن المقبوض ملك الموكل ويعتبر تحت يده بحكم وضع يد وكيله عليه ، وليس للوكيل سلطة ازالة يد موكله عن الثمن حينئذ ، ولان الوكالة قد انتهت فلا تعتبر الاقالة . أما قبل قبض الثمن فللوكيل ان يقيل العقد ، لان حقوق العقد عائدة اليه ، الا ان هذه الاقالة تعتبر غير نافذة في حق الموكل ، لان الوكيل ببيعه المال قد انتهت وكالته ، فتعتبر الاقالة بين الوكيل والمشتري بيعاً جديداً بينهما ، بالنظر الى الموكل ، وبناء على ذلك يلزم الوكيل أن يؤدي الثمن الى الموكل . فلا عبرة باقالته بالنظر الى موكله (م ١٥٠٥) .

ويلاحظ : ان ولاية الموكل لا تنقطع عن الشيء الموكل ببيعه بل يبقى له حق التصرف فيه . ويترتب على ذلك انه لو باع كل من الوكيل والموكل الشيء الموكل

ببيعه ينظر ، فان صدر البيع منهما في وقت واحد او في وقتين ولم يعلم السابق منهما صح البيع منهما وصار المبيع مشتركا بين المشتريين ، ولكن يكون كل منهما مخيراً بين الاخذ والترك لتفرق الصفقة عليه. واذا اخذ واحد منهما ياخذ بنصف الثمن الذي اشترى به، بقطع النظر عما اشترى به الآخر،سواء كان اكثر منه او اقل . وان كان العقد ان في وقتين مختلفين وعلم السابق منهما صح الاول وبطل الثاني .

واهم الفروق بين الوكيل بالبيع والوكيل بالشراء هي :

١ — ان الوكيل بالشراء اذا خالف في الجنس او تعدى الى شر ينفذ العقد عليه ويكون الشي المشتري عائداً اليه، حتى لو اجاز الموكل لا تعتبر اجازته لان الاجازة لا تلحق العقود النافذة . بخلاف الوكيل بالبيع فانه اذا خالف الى شر كان العقد موقوفاً على اجازة الموكل فان اجاز نفذ العقد في حقه وان لم يجز انفسخ العقد .

٢ ليس للوكيل بالشراء الأخذ بالغبن الفاحش ، فان اخذ نفذ عليه وكان المبيع عائداً اليه ، بخلاف الوكيل بالبيع فان له البيع بالغبن اليسير وبالغبن الفاحش .

٣ - ليس للوكيل بالشراء ان يشتري مقايضة . ولكن الوكيل بالبيع له البيع مقايضة .

٤ — الوكيل بالشراء ليس له حق الاقالة . بخلاف الوكيل بالبيع فان له ذلك الا ان الاقالة لا تنفذ في حق موكله بل في حقه على ما سبق ذكره .

الاحكام المتعلقة بالمأمور

ان الاحكام في هذا الباب تستند الى القواعد الآتية :

القاعدة الاولى : اذا كان المأمور به — ١ — مما يطالب به الآمر ويحبس من اجله ، او كان — ٢ — من الأمور الواجبة عليه مدنياً، اوكان — ٣ — مما يملكه المدفوع اليه بدلا عن ماله . فان المأمور اذا اداه من مال نفسه بأمر الآمر يرجع على الآمر مطلقاً بعد الاداء . ويتفرع على هذه القاعدة .

أ اذا امر احد شخصاً باداء دينه الذي هو لاحد او لبيت المال واداه المأمور من ماله يرجع على الآمر سواء شرط الرجوع عليه اولم يشرط ذلك (م ١٥٠٦) لان المأمور ادى شيئاً واجباً على الآمر مدنياً كما انه قد يحبس من اجل ذلك نظراً لقانون الاجراء .

اما اذا ادى احد دين غيره بدون امره فلا رجوع عليه بل يعتبر الدافع متبرعاً الا في المسائل الآتية :

الاولى : اذا اوفى احد الورثة او الوصي من مال نفسه دين المتوفى فانه يرجع على التركة ، ولو كان الايفاء جرى بدون امر من سائر الورثة .

الثانية : لو نفذ الوصي من مال نفسه وصية الميت ، فانه يرجع على التركة ولو كان ذلك بلا امر احد .

الثالثة : لو انفق الوصي من مال نفسه على اليتيم لعدم وجود مال حاضر لليتيم ، فانه يرجع بما انفق بالمعروف على اليتيم فيستوفيه من ماله عند حضوره او عليه بعد البلوغ سواء اشهد وقت الانفاق على انه ينفق ليرجع او لم يشهد . وهذه

المسألة غير متفق عليها لكن العمل بمقتضاها هو رأي اكثر من لهم رأي في الفقه .

والوجه في الرجوع في هذه المسائل الثلاثة هو الامر الحكمي وكون هذا المأمور به حكماً واجب الايفاء .

الرابعة : مالو طلب احد من شخص مالا جبراً عليه كقطاع الطريق اذا طلبوا من احد مالا جبرا فامر المطلوب منه شخصاً ان يؤدي ما يطلب منه فادى المأمور فانه يرجع على الآمر لان ما اداه وان لم يكن واجباً على الآمر في نفس الأمر الانه بحكم الواجب نظراً للاجبار الذي ازعج الآمر .

ب — اذا امر احد شخصاً ان يصرف عليه او على عياله فانه يأخذ مصروفه بقدر المعروف من الآمر مطلقاً اما الزائد على القدر المعروف فلا رجوع فيه لانه محض تبرع لان المأمور به واجب على الآمر مدنيا ، واذا توفى المأمور فلوارثه حق الرجوع على الآمر ، لان ما دفعه مورثه صار ديناً في ذمة الآمر ، واذا توفى الآمر يرجع المأمور او وارثه على التركة (م ١٥٠٨) .واذا اقر الآمر بالأمر وانكر كون المأمور قد صرف ما امر به ، كان القول قوله ، وعلى المأمور اثبات الصرف ، واذا عجز يتوجه اليمين على الآمر بعدم علمه ان المأمور قد صرف ، واذا اختلفا في المقدار ، فعلى المأمور البينة لاثبات الزيادة .

ج — لو امر احد آخر بانشاء داره فانشأها المأمور ، يأخذ ما صرفه بقدر المعروف من الآمر مطلقاً . وكذلك لو امر المؤجر المستأجر بان يبني في الدار المأجورة او يرمم ما يقتضي ترميمه فيها (م ١٥٠٨) .

واما الزائد على القدر المعروف فلا رجوع فيه . وسبب الرجوع هو ان بدل

ما انشأه واجب الاداء على الآمر ، فان المأمور وكيل بالانشاء ومأمور بصرف ما يجب لذلك . ومن هذا القبيل ما يقوم به المتعهدون في وقتنا من انشاء الدور للناس في بغداد (م ١٥٠٨) . اما لو كان انشاء الدار بدون أمر فان كان قد انشأها المنشئ لنفسه يعد غاصباً ، وان كان قد انشأها لصاحب الارض كان متبرعاً . ثم انه اذا اختلف الآمر والمأمور في مقدار ما صرف يكشف البناء من قبل اهل الخبرة فان كان تقديرهم يوافق احد القولين فهو المعتبر ،لانه يعتبر هو القدر المعروف ، وان اختلف اهل الخبرة فيما بينهم ،فكان رأى بعضهم يؤيد قول الآمر ورأي البعض يؤيد قول المأمور ، فعلى مدعى الزياده البينه لاثبات الزيادة . وهذا بخلاف ما اذا كان صاحب الدار قد دفع الى احد نقوداً وأمره ان يبنى له بها بناء ثم اختلفا في مقدار ما صرف فان المعتبر هو قول المأمور بيمينه لانه امين ، والامين مصدق بيمينه .

القاعدة الثانية :

اذا امر احد غيره بان يدفع مقدار كذا من المال لشخص ، فان كان المأمور شريك الآمر او كان المأمور في عيال الآمر ، او كان الآمر في عيال المأمور ، او قال الآمر : ادفعه عني . فان المأمور يرجع على الآمر ولو لم يذكر شرط الرجوع . وكذلك سائر ما قد جرى العرف بالرجوع فيه من الاوامر الواقعة كما لو امر التاجر كاتبه ان يدفع مبلغاً لاحد . وكما لو امر احد صرافاً بدفع مبلغ لاحد ، (م ١٥٠٩ . الفقرة الاخيرة) وان كون الأمر الواقع مما يقتضي الرجوع فيه عرفاً انما يتحقق عند النظر في القضية المنازع فيها وعرضها على العرف .

القاعدة الثالثة :

اذا امر احد غيره بدفع شيء غير واجب عليه مدنيا ولم يكن العرف يقضي بالرجوع في مثل ذلك الأمر ، ولم يكن الآمر قد نسب الدفع عنه بان قال : ادفع عني . فان شرط الآمر قبل الدفع الرجوع عليه فان المأمور اذا دفع ما قد امر به يرجع على الآمر وان لم يشترط الرجوع فلا رجوع عليه (م ١٥٠٩) و يتفرع على هذا .

١ - اذا امر احد غيره بان يهب كذا درهما ، او ان يقرض فلاناً كذا درهما ، لا يرجع المأمور اذا لم يشترط الآمر الرجوع ، لم يكن المأمور ممن له الرجوع عرفاً

٢ - اذا امر احد غيره بان يدفع مبلغ الزكاة المترتبة عليه ، من نفس مال المأمور او ان يدفع لشخص بدل الحج عنه . او ان يدفع الكفارة عن يمينه ، فان المأمور لا يرجع اذا دفع مالم يكن الآمر قد شرط الرجوع عليه ، او كان المأمور مما جرى العرف برجوعه على الآمر . لان المدفوع وان كان واجباً على الآمر الا انه واجب ديني لا مدني . لكن اذا قال له في هذه الصور ادفع عني فانه يرجع مطلقاً .

القاعدة الرابعة

لا يعتبر امر احد الا في حق ملكه . و يتفرع على ذلك :

١ - لو امر احد شخصاً ، مشيراً لماله بان يحرقه او يرميه في البحر ، ففعل المأمور ذلك ، لا ضمان عليه .

٢ - لو امر احد شخصاً ان يرمي مال شخص آخر في البحر او ان يتلفه

بأية صورة ، ففعل المأمور ذلك وهو يعلم ان المال لغير الآمر ، فلصاحب المال ان يضمن المأمور وليس على الآمر شيء ، لان امره لا يعتبر في ملك غيره. نعم اذا كان الآمر قد اكره المأمور اكراهاً ملجئاً ، فان الضمان يتوجه الى الآمر لا المأمور على ما مر في بحث الاكراه. وان فعل المأمور ذلك غير عالم ان المال المأمور باتلافه هو لغير الآمر ، فان صاحب المال له ان يضمن المأمور ايضاً لانه هو الفاعل المباشر ، لكن للمأمور حق الرجوع بما ضمن ، على الآمر بسبب غشه وخداعه اياه اذ ان المأمور كان يظن انه ملك الآمر ، اذ ان هذا الظن هو الظاهر (م ١٥١٠)

ما يرجع به المأمور

المأمور يرجع على آمره بادنى الشيئين مما دفع وما قد امر بدفعه. فاذا دفع اجود مما امر به لا يرجع الا بما امر به لانه ليس له تعدي الأمر ، فالمأمور بايفاء الدين من ماله بدراهم مغشوشة اذا ادى الدين بدراهم خالصة يأخذ من الآمر دراهم مغشوشة . واذا دفع اخس مما امر به يرجع بما دفع ، لانه ليس له حق في الزيادة ، بل ان حقه في قدر ما اوفى به . فالمأمور بايفاء الدين من ماله بدراهم خالصة إذا ادى دراهم مغشوشة يأخذ من الآمر دراهم مغشوشة.

ووجه الفرق بين المأمور والكفيل من حيث ان الكفيل يرجع بما كفل لا بما ادى ، هو ان الكفيل بالاداء يقوم مقام الدائن فكأنه ملك الدين بالاداء ، والمأمور اشبه بالسفير فلا يقوم مقام الدائن ولا يملك الدين بالايفاء.

واذا صالح المأمور الدائن على مقدار من الدين ، يرجع بمقدار البدل ، لان القدر الساقط يسقط عن المدين . وان كان قد صالحه على شيء ، كما اذا

صالحه عن الدين على سيارة فانه يرجع على الآمر بمقدار الدين ، لانه يعتبر انه قد اشترى منه السيارة بمقدار الدين وكذلك لو باعه السيارة واجرى تقاص الدين من ثمنها . ولو كان المأمور قد باعه السيارة بازيد من ثمن مثلها ، فليس للآمر ان يحط الزيادة من دينه ويكلف المأمور ان يقبض منه الباقي بعد حط مقدار الزيادة على ثمن المثل من اصل الدين الموفى (م ١٥٠٧)

وجوب امتثال المأمور الامر

المأمور غير مكلف بامتثال امر الآمر حتى ان المأمور بايفاء الدين اذا وعد بايفائه لا يجبر على الايفاء ، اذ ان المأمور غير ملتزم بايفاء دين غيره (م١٥١١) ولكن المأمور يجبر على امتثال الأمر في صورتين :

١ ـ اذا كان للآمر دين في ذمة احد او نقد مودع عنده فاذا امره بايفاء الدين الذي عليه لاحد من الدين الذي في ذمته او النقد المودع عنده ، فان هذا المأمور يجبر على اداء دين الآمر ، فاذا طالبه دائن الدائن باداء ما قد امر به لزم المأمور الاداء ، لان دائن الدائن في هذه الصورة يعتبر وكيلاً عن الدائن بقبض الدين الذي له على المأمور او الوديعة التي له عند المأمور ، فكما ان المأمور كان ملزماً باداء الدين الذي عليه الى نفس الدائن ، كذلك يكون ملزماً بادائه الى وكيله ، وكما انه ملزم بتسليم الوديعة الى المودع عند طلبها ، فانه ملزم بتسليمها الى وكيله ايضاً . ويمكن حمل التجيير في سندات الامر (الكمبيالات) وفي السفتجة (البوليسة) اذا كان المسحوب عليه مديناً للساحب على هذا الحكم ، لان المخاطب في الصورتين ما هو الا مدين للآمر يطلب منه ايفاء دين الآمر المجير له

واذا انكر المأمور الدين او الوديعة فان دائن الدائن ليس له ان يخاصم المأمور لاثبات الدين او الوديعة، لان الوكيل بالقبض ليس له حق الخصومة (م١٥١٢).

٢ ـ اذا كان المأمور وكيلاً بالبيع باجرة ومأموراً بايفاء الدين من ثمن المبيع ، كما لو قال احد لآخر بع مالي الفلاني واد من ثمنه الدين الذي علي لفلان، وجعل له على ذلك اجرة ، فقبل الوكيل ، فانه يلزم بالبيع وباداء الدين المأمور بايفائه ، لان الوكالة بالاجرة لازمة وعلى الوكيل ان يوفي العمل الموكل به حينئذ ، اذ ليس له فسخ الوكالة لانه غير متبرع . بخلاف ما اذا كانت الوكالة بدون اجرة ، فان الوكيل المأمور بالايفاء من ثمن المبيع لا يجبر على ذلك ، لان عقد الوكالة حينئذ غير لازم ، فباستطاعته فسخ الوكالة وعدم القيام بموجبها (م ١٥١٢).

حكم ما اذا اعطى احد لآخر نقوداً وامره بايفاء دينه

اذا اعطى احد لآخر مقداراً من الدراهم وامره ان يسلمه الى دائنه الفلاني . فادعى المأمور التسليم فانه يصدق بيمينه . ولو انكر الدائن تسلم المبلغ المذكور يقال للمدين صدق احد الشخصين وكذب الآخر فان صدق الدائن وكذب المأمور يلزم باداء الدين ثانية الى الدائن ، وليس له على المأمور سوى اليمين لانه امين مصدق بيمينه ، وان صدق المأمور وكذب الدائن كان عليه البينة لاثبات التسليم ولا يعتبر قول المأمور بالتسليم ، لان قوله شهادة على فعله ، لدفع الضمان عن نفسه .

وان اعطى احد مقداراً من الدراهم ليعطيها الى دائنه فلان فليس لسائر دائنيه حق باخذ شيء من تلك الدراهم أي ليس لهم حق باقتسامها غرامة بينهم

لان للشخص ان يتصرف في ماله كيفما شاء ، وان يرجح في الايفاء بعض دائنيه على بعض . نعم اذا كان الآمر مريضاً مرض موت فان ما ياخذه الدائن المدفوع اليه لا يخلص له ما قد دفع اليه في مرض الموت اذا لم تف التركة بسائر ديون الغرماء بل لهم حينئذ حق الرجوع عليه ، بما يصيبهم غرامة مما قبض (م ١٥١٤) .

واذا كان الآمر في الصورة السابقة قد توفي قبل ان يدفع المأمور لمن قد امر بالدفع اليه ، فليس للمأمور ان يدفع له شيئاً اذا كان قد وصله العلم بموت الآمر بل عليه ان يعيد المبلغ المذكور الى التركة ، وللدائن المرسل اليه ان يراجع التركة بخصوص دينه ، لانه بموت الآمر قد انعزل عن الوكالة عنه بالدفع واصبح مجرد امين ، وليس للامين ان يتصرف في الامانة . فاذا دفع والحالة كذلك يكون ضامناً . (م١٥١٤) . والظاهر من مفهوم هذه المادة ان المأمور اذا لم يصله العلم بموت الآمر ودفع المبلغ الى الدائن لا ضمان عليه وان كان قد انعزل بموت الآمر ، لانه في هذه الحالة معذور بالدفع .

واذا كان الآمر قد اعطى المأمور الدراهم على ان يعطيها لدائنه وقيده بان لا يسلمها اليه مالم ياخذ منه وصلا بها او تظهيراً بقبضه اياها ، على ظهر السند الذي بيد الدائن المعطى من المدين المذكور ، فاذا سلمها المأمور من دون ان يفعل شيئاً من ذلك ثم انكرها الدائن ولم يثبت قبضه اياها وحلف الدائن بعدم قبضها واخذها الدائن ثانية من الآمر ، فان المأمور يضمن للآمر الدراهم التي كان قد دفعها على الوجه المذكور الى الدائن وضاعت على المدين ، وذلك لان الآمر قيد الوكيل بقيد مفيد بصورة النهى ، وليس للوكيل ان

يخالف القيد المفيد ، واذا خالف يضمن (م ١٥١٥) ولا ينفع المأمور زعمه انه قد اخذ السند غير انه قد ضاع منه ، الا اذا اثبت بالبينة .

واذا كان تقييد الآمر جرى لا بصورة النهي فان المأمور اذا سلم الدراهم ولم ياخذ وصلاً او تظهيراً لا يضمن ، لان القيد ليس مفيداً من كل وجه لجواز ضياع الوصل او انكار معطيه انه وصله وعدم التمكن من اثبات كونه وصله . راجع المادة (١٤٥٦) وشرحها .

- احكام الوكالة بالخصومة -

الخصومة لغة بمعنى المنازعة والجدل ، وفي الاصطلاح الشرعي والقانوني ، بمعنى الجواب للخصم بالاقرار أو الانكار .

ولا يترتب على الوكيل بالخصومة شيء اذا ثبت المدعي به على موكله ، فلا يلزم هو بالايفاء ولا يحبس من اجله ، سواء كانت الوكالة عامة او خاصة .

ويصح التوكيل بالخصومة في اثبات الديون والاعيان وسائر الحقوق ، سواء كان الموكل هو المدعي أو المدعى عليه . ولا يتوقف صحة التوكيل على رضاء الطرف الآخر اذا وكل احد الطرفين . فلكل من المدعي أو المدعى عليه ان يوكل من شاء في الخصومة سواء رضى خصمه بذلك أم لم يرض (م ١٥١٦) .

ويشترط للتوكيل بالخصومة :

١ - ان يبين الموكل من قد وقع التوكيل لمخاصمته او ان يعمم، لذلك لو قال وكلت فلاناً بان يخاصم، من غير ان يبين الجهة التي يخاصمها أو يعمم ، لا يصح التوكيل .

٢ — أن يبين المدعى به ، أو أن يعمم ، كان يقول وكلت فلاناً ليخاصم زيداً في الخصوص الفلاني ، أو وكلت فلاناً في طلب كل حق لي والادعاء به ، أو وكلت فلاناً ليخاصم في كل دعوى تقام علي وان يطلب كل حق لي . ونحو ذلك .

والتوكيل بالخصومة يثبت بالبينة . ولكن نظراً للاصول المتبعة عندنا لا بد لذلك من وثيقة تحريرية مصدقة من كاتب العدل ، أو حاكم المحكمة التي أقيمت فيها الدعوى . ويجوز أيضاً أن يثبت التوكيل بالبينة او الاقرار على أن يستوفى الطابع اللازم الصاقه في صك الوكالة ويلصق في الضبط . ولكن هذه الصورة لم تجر العادة بها . ويجوز أن يقيم أحد الدعوى على شخص باعتباره وكيلا عن فلان الغائب ويطلبه للمخاصمة حسب وكالته عنه ، فاذا أثبت المدعي الوكالة عن الغائب بالبينة ، بان يشهد الشهود بان فلاناً (المدعى عليه) قد وكل هذا الشخص للمخاصمة مع هذا (المدعي) وان هذا الشخص قد قبل ، فان هذا الوكيل يجبر حينئذ على ايفاء الوكالة . وهل له أن يعزل نفسه ؟ ان ثبت كونه وكيلا بالاجرة فلا شك انه ليس له أن يعزل نفسه . وان لم يثبت كونه بالاجرة ، فالظاهر انه ليس له ذلك أيضاً ، لتعلق حق الغير بهذه الوكالة ، وهو المدعي ، فليس له أن يعزل نفسه بدون رضاه .

ما يملكه الوكيل بالخصومة وما لا يملكه :

١ — للوكيل بالخصومة أن يقر امام الحاكم ، أي في مجلس القضاء (م ١٥١٧) . لان الوكيل بالخصومة وكيل بالجواب ، والجواب كما يكون بالانكار يكون بالاقرار . لكن اذا استثنى الموكل الاقرار عليه فلا يعتبر

اقرار الوكيل (م ١٥١٨) ، لان التوكيل حينئذ مقيد وليس للوكيل أن يخالف القيد الى شر على ما سبق الكلام عليه في المادة (١٤٥٦) . فاذا أقر أمام الحاكم والحالة هذه لا يعتبر اقراره لانه لا يقوم فيه مقام الموكل ، وينعزل فلا تصح مرافعته ومخاصمته ، لان الاقرار المذكور اعتراف بانه مبطل في دعواه ، وبعبارة أخرى ان اقراره هذا اعتراف بان لا حق لموكله بالخصومة ، فيؤاخذ بهذا الاعتراف في حق نفسه فيعزل ، ولان الشخص إذا أقر بكون المال لغيره لا يصح له أن يدعيه لنفسه ولا أن يدعيه لآخر بالوكالة عنه أو الوصاية عليه ، لان دعواه تكون مناقضة لاقراره ، والتناقض يبطل الدعوى .

وللوكيل بالخصومة أن ينكر ، إلا أن يستثني الموكل الانكار ، سواء كان وكيل المدعي ، أو وكيل المدعى عليه ، لان الانكار قد يكون مضراً بالموكل ، كما لو كان المدعى به أمانة ، فانه إذا انكر الوكيل كون موكله قد أخذ الامانة ، لا تسمع دعواه بعد ذلك بان موكله قد رد الامانة الى صاحبها وانه مصدق بقوله . أما قبل الانكار فله ذلك وتسمع دعواه ويصدق موكله بيمينه . لكن الوكيل إذا أنكر في هذه الصورة أمام الحاكم لا ينعزل لعدم تحقق شيء من الاسباب الموجبة للعزل المار ذكرها في صورة اقراره أمام الحاكم إذا لم يكن مأذوناً بالاقرار .

ولا يملك الوكيل بالخصومة :

١ — الصلح . فاذا وكل أحد آخر بدعواه وصالح الوكيل عن تلك الدعوى بلا أذن من موكله ، لا يصح صلحه (م ١٥٤٢) . والوكيل بالصلح

أيضاً لا يملك الخصومة ، لان الصلح والخصومة متغايران ، اذ الصلح مسالمة لا مخاصمة .

٢ — الابراء . فليس للوكيل أن يبرئ المدعى عليه عن الدعوى بدون اذن موكله .

٣ — الهبة . فليس لوكيل المدعي أن يهب المدعى به الى المدعى عليه ، ولا لوكيل المدعى عليه أن يهبه الى المدعي . لان الهبة والابراء ليسا من قبيل الخصومة .

٤ — الاقرار في غير مجلس القضاء . فليس للوكيل أن يقر خارج مجلس القضاء ، لانه وكيل بالجواب للخصم ، والجواب انما يكون في مجلس القضاء ، لانه في غير مجلس القضاء ما هو إلا مجادلة ، وليس هو وكيلا بالمجادلة . واذا أقر في غير مجلس القضاء ، فان اقراره لا يعتبر ولا ينفذ على موكله ، ومع ذلك فانه ينعزل ، لان اقراره هذا ما هو إلا اعتراف بان موكله مبطل في الدعوى فليس له أن يدخل خصما في دعوى يعترف انها باطلة (م ١٥١٧) . والظاهر من التعليل انه إذا كان وكيل المدعى عليه فان له أن يقر خارج مجلس القضاء ولا ينعزل خصوصاً إذا تصورنا انه وكيل بالاقرار فقط ، كما إذا وكل المدعى عليه شخصاً بالخصومة واستثنى انكاره . لكن حكم هذه المادة مطلق . والفقه يأبى الاطلاق كما يظهر للمتأمل .

٥ — القبض . فليس للوكيل بالخصومة حق القبض لان من يؤتمن على الخصومة يجوز الا يؤتمن على قبض المال . فليس للوكيل بالدعوى صلاحية قبض المال المحكوم به بدون اذن من موكله (م ١٥١٩) .

كما ان الوكيل بالقبض لا يملك الخصومة بخصوص ما وكل بقبضه (م ١٥٢٠) . لانه قد لا يحسن التقاضي . وذهب الاكثرون من المجتهدين الى أن الوكيل بالخصومة يملك قبض المحكوم به ، كما ان الوكيل بقبض الدين يملك الخصومة بخصوصه . ولم تأخذ المجلة برأي الاكثرية ، لقوة دليل المسلك الذي ذهبت اليه .

— انتهاء الوكالة —

تنقضي الوكالة بأحد الاسباب الآتية :

١ - باتمام الوكيل العمل الموكل به ، فينعزل الوكيل عن الوكالة بالطبع عزلا حكمياً (م ١٥٢٦) سواء كان اتمام العمل وقع على يد الوكيل أو الموكل ، لكن لو رجع المال الى الموكل بالملك القديم رجعت الوكالة أيضاً ، كما لو كان وكيلا ببيع مال فباعه الموكل ، ثم رد عليه بخيار العيب أو الشرط مثلا ، فان وكالة الوكيل ببيعه تعود اليه .

٢ - بعزل الموكل الوكيل ، إذا كانت الوكالة بغير اجرة ، لان الوكالة حينئذ عقد غير لازم . أما إذا كانت باجرة فلا ينعزل بعزل الموكل إلا إذا رضي الوكيل ، لانه حينئذ يكون اقالة للعقد .

ولكن يشترط لانعزال الوكيل بعزل الموكل اياه ثلاثة شروط :

الاول : ان يعلم الوكيل بالعزل ، فهو يبقى وكيلا الى أن يصله خبر العزل فجميع تصرفاته قبل وصول خبر العزل اليه صحيحة معتبرة (م ١٥٢٣) . وحصول العلم يكون اولا : بالعزل مشافهة . ثانياً : بوصول كتاب من الموكل يخبره بالعزل . ثالثاً : بتبليغ رسول الموكل بالعزل . رابعاً : باخبار الفضولي

بعزل الموكل اياه ، بشرط ان يكون المخبر متعدداً ، أو واحداً عدلا أو غير عدل وصدقه الوكيل .

الثاني : الا يتعلق بها حق الغير . فان تعلق بالوكالة حق الغير صارت الوكالة لازمة ، فلا يصح العزل الا برضاء من تعلق حقه بها ، كما اذا وكل شخص غيره ببيع الرهن وتسديد الدين من ثمنه فان الوكيل لا ينعزل الا بايفاء ما وكل به أو برضاء المرتهن ، وكما لو وكل المدعى عليه شخصاً بالخصومة بطلب المدعي فانه ليس له عزله بغياب المدعي ، لان المدعي في هذه الصورة قد اعتمد على ان يثبت حقه بمواجهة هذا الوكيل متى شاء فلو جاز للموكل عزله لتضرر المدعي على تقدير اخفاء الموكل نفسه (م ١٥٢١) .

الثالث : أن يحصل علم المدين بالعزل إذا كان الموكل قد وكل الوكيل بقبض دينه بحضور المدين . فلا يصح في هذه الصورة عزل الوكيل المذكور بغية المدين ، واذا عزله لا يعتبر العزل بالنظر الى المدين ما لم يعلم بالعزل ، فاذا كان قد دفع الدين الى الوكيل من دون أن يعلم بانه قد عزل يبرأ ، وليس للدائن بعد ذلك مطالبته (م ١٥٢٥) . ووجه ذلك ان التوكيل لما وقع بحضور المدين ، فاذا اعتبرنا صحة العزل بغيبته وعدم علمه ، يكون المدين مغروراً متضرراً والضرر والغرر ممنوعان شرعاً .

ويلاحظ ان عزل الموكل وكيله مطلق في الوكالة المطلقه أي غير الدورية او الوكالة المعلقة على العزل . اما الوكالة الدورية ، وهي ان يقول انت وكيلي وكلما عزلتك فانت وكيلي ، فانه لا ينعزل الا اذا قال له : قد عزلتك وقد عزلتك

بعد عزلي اياك . واما المعلقة على العزل وهي ان يقول انت وكيلي واذا عزلتك فانت وكيلي ، فانه لا ينعزل الا اذا قال له قد رجعت عن وكالتي المعلقة وقد عزلتك عن الوكالة المنجزة .

ويلاحظ ايضاً ان الوكيل قد ينعزل بمجرد عزل الموكل اياه وقبل وصول خبر العزل اليه في صورتين : احداهما ما لو وكله وقبل وصول خبر التوكيل اليه عزله ، فانه ينعزل لان هذا العزل ابطال للايجاب ، ولانه لا ضرر فيه على الوكيل لانه لم يبلغه خبر التوكيل فلم يتشبث بعمل ، بخلاف ما لو بلغه خبر التوكيل وتشبث بعمل فلو اعتبر العزل قبل وصول خبر العزل اليه لتضرر . الثانية لو فسخت الشركة وكان احد الشركاء غائباً ، فان وكالة الشريك تنفسخ من حين الفسخ . وذلك لان وكالة الشريك تابعة للشركة وفي ضمنها ، واذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه .

٣ ان يعزل الوكيل نفسه ، اذا لم تكن الوكالة باجرة ولم يتعلق بها حق الغير على ما سبق بيانه (م ١٥٢٢) . على انه لا يعتبر عزله نفسه اذا كان وكيلا بالخصومة او بشراء شيء معين الا بعد وصول خبر عزله نفسه الى الموكل (م ١٥٢٤) دفعاً للضرر عن الموكل ، لانه كان معتمدا على موكاه في امر الخصومة ، وشراء الشيء المعين . فاذا اعتبرنا عزله نفسه قبل وصول الخبر اليه لا حتمل ان يجري مرور الزمان مثلا على دعواه وهو لا يعلم ، ولامكن ان يعزل نفسه ، ويشتري لنفسه الشيء المعين الموكل بشرائه .

٤ — بموت الموكل . ولا يشترط في هذا علم الوكيل بالموت ، فهو معزول حكما من حين الموت . فلا يبرأ مدين الموكل اذا كان قد دفع الى الوكيل الدين

بعد وفاة الموكل . ولا تقع التصرفات التي يجريها الوكيل عن موكله بعد موته وقبل حصول علمه بالموت . ولا يخفى ما في هذا من الحيف المحتمل وقوعه على الوكيل او من يتعامل معه الوكيل ، فانه قد يكون وكيلا بالبيع او بالشراء فيجري البيع ا. الشراء بصفقات كبيرة لحساب موكله وهو غير عالم بانه ميت اذ ان الشراء يقع عليه ، وهو قد لا يريده ، والبيع يبطل فينضرر المشتري المتعامل مع الوكيل .

لكن اذا مات الموكل وكانت الوكالة قد تعلق بها حق الغير فيما عدا الخصومة فان الوكالة لا تنتهي ولا تنفسخ . وانما قلنا فيما عدا الخصومه لانها تنتهي الوكالة بها بالموت ولو تعلق بها حق الغير كالمثال السابق وهو ان يوكل المدعى عليه الوكيل بطلب المدعي .

٥ — بخروج الوكيل او الموكل عن اهليته التصرف بان حجر عليه او جن جنونا مطبقاً (م ١٥٣٠) اما بالنسبة للوكيل فلعدم قدرته على مباشرة العمل . واما بالنسبة للموكل فلانه ببطلان اهليته يبطل منه الامر والتوكيل . الا ان الموكل اذا خرج عن اهليته للتصرف وكانت الوكالة قد تعلق بها حق الغير فانها لا تنفسخ لانها في هذه الحالة لا تنفسخ بموت الموكل فعدم انفساخها بخروجه عن الاهلية من باب اولى .

٦ — ان يهلك الشيء الموكل بعمله .

٧ — بموت الوكيل . فلا تنتقل الوكالة الى وارثه لانها لا تورث (م ١٥٢٩) لكن لو مات الوكيل وكان له خيار عيب فان لوارثه او وصيه ان يرد المبيع بالخيار المذكور . وليس معنى هذا انتقال الوكالة الى الوارث لان خيار العيب كان ثابتاً

الموكيل بالاصالة لا بالوكالة ، فينتقل الى وارثه بهذا الاعتبار .

٨ — بتبدل اسم الموكل به كما اذا وكله بشراء حنطة معينة فصارت دقيقاً . انظر المادة (١٤٧٢)

٩ بهلاك الثمن بيد الوكيل بالشراء . فانه لو وكل احد شخصاً بشراء سيارة ودفع اليه ثمنها فهلك الثمن بيد الوكيل فان الوكالة تنفسخ ، حتى لو اشتراها بعد ذلك ينفذ الشراء على الوكيل ، ولو اجاز الموكل الشراء لا تعتبر اجازته لان الاجازة لا تلحق العقود النافذة .

١٠ - باقرار الوكيل بالخصومة اذا لم يكن مأذوناً بالاقرار ، و باقراره في غير مجلس القضاء ولو كان مأذوناً بالاقرار .

١١ — ببلوغ الصغير قبل ايفاء الوكيل ما قد وكل به اذا كان الوكيل وكيلا عن الولي او الوصي وكان الموكل به مما يعود الى الصغير .

١٢ — واذا وكل احد شخصاً بقبض دين على شخص ثم احال احد بالدين على المدين فان الوكاله تنفسخ ، لان الموكل بقبضه قد انتقل الى المحال له ولا نيابة للوكيل عنه .

١٣ - بمخالفة الوكيل موكله الى شر ، كما لو وكله بشراء هذه الفرس بخمسين ديناراً فاشتراها بستين ديناراً ، او اشتراها مقايضة فانه ينعزل وينفذ الشراء عليه لا على الموكل .

١٤ اذا اضاف الوكيل بالنكاح العقد الى نفسه ، فانه ينعزل من الوكالة . ويقع العقد عليه .

كتاب الصلح والابراء

الكلام في هذا يقع في المواضيع الآتية :

١ — في تعريف الصلح ، وركنه ، وصفته

٢ — وفي أقسامه

٣ — وفي شروطه

٤ — وفي أحكامه

٥ — وفيما يبطل به الصلح ، والحكم بعد البطلان .

تعريف الصلح وركنه وصفته

هو عقد وضع لرفع النزاع وقطع الخصومة بين المتخاصمين بتراضيهما ، وركنه الايجاب والقبول ، وهو ان يقول المدعى عليه صالحتك عن كذا على كذا ، أو عن دعواك كذا على كذا ، ويقول الآخر قبلت أو رضيت أو ما يدل على قبوله ورضاه ، فاذا وجد الايجاب والقبول فقد تم الصلح .

وقد يكون الصلح بالتعاطي بشرط الا يكون بدل الصلح من جنس الدين ، كما لو ادعى أحد على آخر بالف درهم فاعطاه فرساً فترك الدعوى فانه صلح بالتعاطي ، أما لو أعطاه خمسمائة درهم مثلا فترك الدعوى فلا يكون صلحاً بالتعاطي بل يعتبر المبلغ المقبوض استيفاء لبعض الدين . ولا يكون الصلح على بعض الدين إلا إذا ارتبط بايجاب وقبول صريحين ، أو ايجاب صريح من قبل الدائن وعدم رد من المدين . وانما قلنا (أو ايجاب صريح من الخ) لان الصلح على

بعض الدين ينعقد بايجاب الدائن وحده على شرط عدم رد المدين الايجاب ، لان الصلح في هذه الصورة ابراء ، والابراء يتم بايجاب الدائن وعدم رد المدين . (م ١٥٣١) .

ويصح الصلح في الدعوى الصحيحة والدعوى الفاسدة أما الصلح عن الدعوى الباطلة فلا . واذا ظهر بعد ذلك بطلان الدعوى فللمصالح الذي دفع البدل ان يسترجعه ، اذ لا عبرة بالظن الظاهر خطاؤه .

صفة عقد الصلح

صفته انه عقد لازم من الجانبين فلا يستقل احد منهما بفسخه بدون رضاء الآخر (م ١٥٥٦) ويسمى كل واحد من المتعاقدين « مصالحاً » (م١٥٣٢) وبدل الصلح يسمى « المصالح عليه » (م ١٥٣٣) ومصالحاً به ايضاً . والمدعي به يسمى « مصالحاً عنه » (م ١٥٣٤) .

اقسام الصلح :

انواع الصلح ثلاثة :

١ — صلح عن اقرار . وهو الصلح الواقع بعد اقرار المدعي عليه بالمدعى به ، سواء كان الاقرار صراحة ، او حكماً كما لو طلب المدعى عليه الصلح من الدائن ، فانه اقرار بالدين حكماً .

٢ — وصلح عن انكار . وهو الصلح الواقع بناء على انكار المدعى عليه .

٣ — وصلح عن سكوت . وهو الصلح الواقع بعد سكوت المدعى عليه ، بان لا يقر ولا ينكر (م ١٥٣٥) .

شروط الصلح

شروط الصلح بعضها يرجع الى المصالح ، وبعضها يرجع الى المصالح عليه ، وبعضها يرجع الى المصالح عنه .

اما الذي يرجع الى المصالح فهي :

١ - ان يكون عاقلا فلا يصح صلح المجنون والصبي غير المميز . اما البلوغ فليس بشرط ، فيصح صلح الصبي المميز المأذون اذا لم يكن فيه ضرر ظاهر ، كما اذا وجب للصبي المأذون دين على انسان ولم تكن له بينة عليه ، فانه يصح صلحه حينئذ على اخذ البعض ، لانه عند انعدام البينة لا حق له الا بالخصومة والحلف ، والمال المتحقق انفع له منهما ، وقيل انما يصح صلحه اذا لم تكن له بينة وتحقق ان المدين سيحلف ، وهذا هو الظاهر من صراحة المجلة ، فان كانت له بينة عليه لا يجوز الصلح المذكور ، لان الحط تبرع وهو لا يملك التبرعات . وكذلك اذا اقر الصبي المأذون بشيء عليه ، يصح صلحه . لان اقرار الصبي المأذون بالدين صحيح فكان الصلح تبرعا على الصبي لا تبرعا منه فيصح . وله ان يعقد الصلح على تأجيل الدين الذي له على احد ، اذ ليس في ذلك ضرر ظاهر اي ضرر فاحش . وكذلك لو باع الصبي مالا وظهر فيه عيب قديم واراد المشتري رده عليه ، فانه تجوز له المصالحة عنه ، اذ لا ضرر في ذلك .

اما المعتوه فالظاهر من المادة (م ١٥٣٩) ان صلحه لا يجوز . ولكن نظر الى مفاد المادة (٩٧٨) من ان المعتوه كالصبي المميز ينبغي ان يجوز صلح المعتوه اذا كان مأذوناً بالتجارة ولم يكن في الصلح ضرر بين وعليه يراد من المعتوه في المادة (م ١٥٣٩) المعتوه غير المأذون .

واذا ادعى الصبي المأذون على احد مالاً فصالحه على مقدار قيمته او غبن يسير صلح ، واذا صالح على نقصان فاحش لا يصح ، الا اذا لم تكن له بينة عليه فانه يصح صلحه ولو بالغبن الفاحش ، لما سبق قريباً (م ١٥٣٩) .

٢ — ان يكون الولي او الوصي المصالح عن الصغير مثلا محافظاً على مصلحة من هو تحت ولايته ، فلا يصح الصلح اذا كان ضاراً به ضرراً بيناً ، فلو ادعى احد على صبي ديناً فصالح ابوه على ان يعطي كذا دراهم من مال الصبي ، يصح ان كان للمدعي بينة ، فان لم يكن له بينة لا يصح اللهم الا اذا صالح على ان يعطي من مال نفسه لانه لا ضرر حينئذ بالصغير .

ولا يتحقق شرط وجود البينة الا بامور هي :

اولا — أن يقيم المدعي الدعوى .

ثانياً — أن يشهد الشهود بحضور الولي .

ثالثاً — ان تحصل القناعة للولي انهم سيشهدون أمام الحاكم .

واذا كان للصبي طلب في ذمة أحد وصالحه أبوه بحط مقدار منه ، لا يصح صلحه ان كانت له بينة . وان لم تكن له بينة وتحقق ان المدين سيحلف يصح ، واذا كان للصبي مال على آخر فصالح وليه أو وصيه على مقدار مساو لطلبه أو أقل بيسير ، صح . وان كان الصلح بنقصان فاحش لا يصح إلا إذا لم تكن له بينة وتحقق ان المدعى عليه سيحلف (م ١٥٤٠)) .

ويلاحظ ان صلح الولي أو الوصي إذا وقع بناء على تصرف أجراه هو ، يصح مطلقاً أي ولو كانت له بينة على رأي أبي يوسف ، محمد ، ولكنه يضمن للصغير النقصان . مثلا لو أجر الولي دار الصغير بالف درهم ثم تصالح مع المستأجر على

خمسمائة ، فانه يصح على قولهما ولو كانت له بينة ويضمن للصغير خمسمائة .

والظاهر من اطلاق المجلة عدم الفرق بين ما إذا كان الصلح بناء على تصرف أجراه هو أو أجراه غيره .

ولا تجوز المصالحة عن الصغير الا من وليه في المال وهو الاب ووصيه ، والجد ووصيه ، والقاضي .

وللوكيل بالخصومة أن يصالح عن دعوى موكله إذا كان موكله قد أذنه بالمصالحة ، والا فلا ، لان الوكالة بالخصومة لا تستلزم الوكالة بالصلح (م ١٥٥٢) . فاذا كان الوكيل مأذوناً بالمصالحة ، فان صالح على مقدار من جنس الدين الذي في ذمة الموكل ، أو عن دم العمد أو الجنايات فيما دون النفس ، أو عن النكاح ، فالصلح سواء كان عن اقرار أم عن انكار ام عن سكوت ، يلزم بدل الصلح الموكل ولا يطالب الوكيل به ، إلا إذا كان ضامناً به لان الصلح في هذه الصور يتضمن الاسقاط ، فالوكيل في حكم الرسول . واذا كان الصلح على مال من غير جنس المصالح عنه ، فان كان عن انكار فكذلك يلزم على الموكل ، سواء كان المصالح عنه والمصالح عليه من الاعيان أو من الديون المختلفة الجنس ، وان كان عن اقرار فاذا أضافه الوكيل الى نفسه لزمه البدل ، وان أضافه الى الموكل لزم الموكل . مثلا لو صالح الوكيل بالوكالة على كذا دراهم يلزم الموكل اعطاء ذلك المبلغ ولا يكون الوكيل مسئولا عنه ، لكن لو قال الوكيل صالح على كذا وأنا كفيل به ، يؤخذ ذلك المبلغ منه وهو يرجع على موكله . وأيضاً لو وقع الصلح عن اقرار بمال عن مال بان كان الوكيل قد عقد الصلح بقوله للمدعي صالحني عن دعوى فلان بكذا ، يؤخذ بدل الصلح منه لانه في حكم البيع ، وهو يرجع

على الموكل (م ١٥٤٣) .

وللفضولي ان يصالح عن دعوى واقعة بين شخصين . فاذا اضاف العقد اليه فهو ضامن على كل حال ، وان اضافه الى المدعى عليه ، فهناك خمس صور .

١ — ان يضمن بدل الصلح .

٢ — ان يضيف بدل الصلح الى ماله بان يقول على مالي الفلاني .

٣ - ان يشير الى النقود او العروض الموجودة بقوله على هذا المبلغ .

٤ ان يطلق و يسلم البدل بان يقول صالحت على كذا ولم يكن ضامناً . ولا مضيفاً الى ماله ولا مشيراً الى شيء و يسلم المبلغ .

٥ -- ان يطلق كالصورة الرابعة ولكنه ، لم يسلم المبلغ المصالح عليه .

ففي الصور الاربع الاولى يلزم الصلح ويكون الفضولي متبرعاً ، وفي الصورة الخامسة يكون الصلح موقوفاً على رضاء المدعى عليه (م ١٥٤٤). وانما لزم في الصور الاربع لان المقصد من الصلح براءة المدعى عليه من الدعوى ، فكون الاجنبي سبباً للبراءة لا يكون مانعاً للعقد .

ثم اذا استحق البدل المصالح عليه الذي دفعه الفضولي ففي صورة الضمان وهي الصورة الاولى يرجع المصالح المدعي على الفضولي ، لانه قد ضمن البدل . وفي الصور الثلاث بعدها لا يرجع عليه بشيء لان الفضولي متبرع والصلح وقع على معين ولم يتعهد بالدفع من مال آخر .

وأما الشروط التي تلزم في المصالح عليه فهي :

١ — ان يكون مالا متقوماً مقدور التسليم او منفعة ، سواء كان المال عيناً او ديناً ، لان المصالح عليه ان كان عيناً فهو في حكم المبيع فلا بد من ان تتوفر فيه شروط المبيع وان كان ديناً فهو في حكم الثمن. فلا بد ان تتوفر فيه شروطه. (م ١٥٤٥) .

٢ — ان يكون معلوماً علماً نافياً للجهالة الفاحشة المؤدية الى النزاع ، الا اذا كان لا يحتاج فيه الى التسليم والتسلم ، فانه لا يشترط العلم به ، كما اذا ادعى كل من رجلين على صاحبه شيئاً ثم تصالحا على ان يجعل كل منهما حقه بدل صلح عما للآخر .

اما المصالح عنه فلا يشترط العلم به لانه في الاصل لا يحتاج فيه الى التسليم ، ولهذا اذا اصطلحا على ان يعطى كل للآخر ما يدعيه فلا بد من ان يكون كل منهما معلوماً لان المصالحة في هذه الصورة تقتضي التسليم ، والتسليم يقتضي ان يكون ما يسلم معلوماً ، دفعاً للمنازعة (م ١٥٤٧) .

٣ — ان يكون مملوكا للمصالح ، حتى انه اذا صالح على مال ثم استحق من يد المدعي لم يصح الصلح ، لانه تبين انه ليس مملوكا للمصالح فتبين ان الصلح لم يصح (م ١٥٤٦) .

٤ - الا يكون مما لا يصح تملكه بيعاً وشراء او اجارة ، كالحقوق المجردة مثل حق المسيل وحق الشرب من نهر لاحق للمصالح في رقبته ، فانها لا يصح بيعها منفردة فلا تصح ان تكون وحدها بدل صلح ، وكذلك لا تصح المصالحة على ان يحمل كذا وكذا جذعاً على هذا الحائط ، او على ان يسيل المدعي ميزابه في دار المدعى عليه اياماً معلومة ، لان هذه المنافع لا يصح اجارتها لعدم

العرف . والحاصل ان الاصل ان كل ما يجوز تملكه بالبيع والشراء او الاجارة يجوز ان يكون بدل صلح ، ومالا فلا .

واما الشروط التي تلزم في المصالح عنه فهي :

١ـ ان يكون مما يصح للمصالح الاعتياض عنه ، فلا يصح الصلح عن الحقوق المجردة . و بعبارة اخرى ان يكون مالا متقوماً مقدور التسليم او منفعة . ثم ان الحقوق المجردة وان لم يصح الصلح عنها ، الا انه يصح الصلح عن دعواها باعطاء البدل لاجل الخلاص من اليمين (م ١٥٥٥) فان الصلح عن دعواها لا يتضمن الاعتياض عنها ، بل هو يتضمن الفداء عن اليمين وقطع المنازعة ، فيصح الصلح بهذا الاعتبار .

وهنا ضابطة وهي ان كل حق يستلزم توجه اليمين تجوز المصالحة عنه باعتبار ان البدل فداء لليمين وقطع للخصومة .

٢ — ان يكون من حقوق العباد ، لان المصالح متصرف في حق نفسه اما باستيفاء كل حقه او باستيفاء البعض واسقاط الباقي ، او بالمعاوضة . فلا يصح الصلح عن حقوق الله التي تسمى بالحقوق العمومية بعرف القانون .

٣ - ان يكون المصالح عنه حقاً للمصالح نفسه فان لم يكن حقاً له لا يصح كالصلح عن دعوى نسب الصغير ، فلو ان امرأة طلقها زوجها ادعت عليه صبياً في يده انه منها وجحد الرجل فصالحت عن النسب على شيء فالصلح باطل ، لان النسب حق الصبي لا حقها ، فلا تملك الاعتياض عن حق غيرها . ومن جهة اخرى ان الصلح اما اسقاط او معاوضة والنسب لا يحتملهما .

٤ — ان يكون الحق ثابتاً للمصالح في المحل المصالح عنه فان لم يكن ثابتاً

له في المحل ، فلا يجوز الصلح عنه ، كما اذا صالح المشتري الشفيع على شيء ليترك شفعته ، فالصلح باطل ، لانه لا حق للشفيع في المصالح عنه ، وانما الثابت له حق التملك ، وهو ليس حقاً ثابتاً في المحل بل هو عبارة عن الولاية وهي صفة الوالي ، فلا يحتمل الصلح عنه .

لكن لو تصالح الشفيع على ان يأخذ نصف المشفوع مثلا ببدله من ثمن المثل ، كان ذلك بعد اجراء الطلبات الثلاث ، يصح الصلح ويكون بذلك قد اخذ ما اخذ بالشفعة واسقط حقه عن الباقي ، لا انه صالح عن الشفعة . واذا تصالح على ذلك قبل اجراء طلب الشفعة ، يكون قد اشترى ذلك المقدار ابتداء ، واسقط الشفعة عن الكل

احكام الصلح

الحكم الاصلي العام لجميع انواع الصلح هو انقطاع الخصومة والمنازعة بين المتداعيين ، فاذا تم فليس لواحد من الطرفين فقط حق الرجوع ، ويملك المدعي بالصلح بدله ، ولا يبقى له حق في الدعوى وليس للمدعى عليه أيضاً استرداد بدل الصلح منه . (م ١٥٥٦) واذا مات احد الطرفين فليس لورثته فسخ صلحه ، لان الورثة قائمون مقام المورث في الحقوق ، فكما ان ليس للمورث حق الفسخ كذلك ليس لورثته ذلك (م ١٥٥٧) لكن اذا وقع الصلح عن اقرار على منفعة ثم مات احد المتصالحين قبل استيفاء المنفعة فبما ان الصلح هنا بمعنى الاجارة فانه يبطل ، على القول ببطلان الاجارة بموت أحد الطرفين ، وحينئذ يسقط من المصالح عنه بنسبة ما قد استوفى من المنفعة .

ويجوز للطرفين ان يتفقا على فسخ الصلح واقالته ان كان الصلح الواقع

بمعنى المعاوضة ، لان الاقالة في المعاوضات جائزة . وان كان الصلح لا يتضمن المعاوضة بل الاسقاط ، فلا يصح نقضه وفسخه اصلا ، لان الساقط لا يعود (م ١٥٥٨) .

وللصلح احكام اخرى تدخل في نوع دون نوع من الصلح . واليك البيان .

١ — ان الصلح عن الاقرار على مال معين عن دعوى مال معين ، هو في حكم البيع . فان كان كل من المالين قيمياً يكون مقايضة وان كان احدهما مثلياً والآخر قيمياً ، كان بيعاً مطلقاً ، وان كانا مثليين مختلفي الجنس من النقود كان صرفاً .

وبما ان الصلح في هذه الصورة في حكم البيع فانه يجري فيه خيار العيب والرؤية والشرط ، كما تجري الشفعة في كل من المصالح عنه والمصالح عليه اذا كان عقاراً . واذا استحق المصالح عنه كله يسترد المدعى عليه بدل الصلح كله ، واذا استحق بعض المصالح عنه كان المدعى عليه مخيراً بين الفسخ وبين الرجوع على المدعي بذلك المقدار من البدل ، كما هو الحال في البيع . واذا استحق بدل الصلح كلا او بعضاً فان كان من نوع الدين فللمدعي ان يطلب من المدعى عليه مثل ما استحق من البدل ، ولا يتأثر عقد الصلح وان كان البدل عيناً لا ديناً ، فللمدعي ان يطلب من المدعى عليه ذلك المقدار من المصالح عنه كلا او بعضاً اي ان عقد الصلح قد تأثر بهذا الاستحقاق ، اذ انه باستحقاق الكل يبطل الصلح ويرجع المدعي بكل المصالح عنه ، وباستحقاق البعض يبطل في مقدار ما استحق (م ١٥٤٨) . ويفترق الصلح عن البيع في مسألة وهي

ما اذا صالح المدعى عليه المدعي بظنه انه مدين له ثم تصادقا على انه غير مدين ، او انه ظهر بنتيجة الحساب انه غير مدين ، فان الصلح يكون باطلا و يسترد المدعى عليه ما دفعه الى المدعي من المال ، ولكن لو اشترى المدعي من المدعى عليه بدينه مالا ثم ظهر انه ليس بمدين ، فان البيع لا يبطل ولا يسترد المدعى عليه المال ، بل عليه ان يدفع الثمن . ووجه الفرق ان الصلح يبنى على المسامحة فلو الزمنا فيه البيع الضمني نكون قد ضررنا المدعى عليه ، بخلاف البيع فانه يبنى على المساومة فليس في تصحيحه ضرر ، وتصحيح العقود بدون ضرر اولى ، مهما امكن .

٢ — ان وقع الصلح عن الاقرار . وكان احد البدلين منفعة ، كان بحكم الاجارة ، كما لو ادعى زيد على عمرو بستاناً فاقر به ثم تصالحا على ان يسكن زيد عشر سنين في دار عمرو ، فيلزم في هذا العقد ما يلزم في الاجارة من توقيت مدة الانتفاع ، وانفساخ عقد الصلح بموت أحد العاقدين على رأي من قال بانفساخها ـ وهو رأي لم تأخذ به المجلة اذ لم يرد في كتاب الاجارة صراحة بذلك ـ .

واذا استحق المصالح عنه كلا او بعضاً كان للمدعى عليه ان يسترد من بدل الصلح بقدر ما استحق كلا او بعضاً ، لانه لم يدفع المصالح به الا ليسلم به ما عنده . واذا استحق البدل كله او بعضه رجع المدعي على المدعى عليه بقدر ما استحق ، لانه ما ترك المدعى به الا ليسلم له البدل (م ١٥٤٩) . ولو وقع الصلح في دعوى دار على ان يسكنها المدعي خمس سنين مثلا ، لم يكن الصلح بمعنى الاجارة بل يكون استيفاء لبعض الحق ، فيظهر من هذا ان القول

بان الصلح على المنفعة بحكم الاجاره ، انما هو فيما اذا لم تكن المنفعة منفعة المصالح عنه .

٣ ـ الصلح عن الانكار والسكوت هو في حق المدعي معاوضة ، لانه بالنظر اليه قد اخذ المصالح عليه بدلا عن المدعي به الذي يزعم انه ملكه . وهو في حق المدعى عليه فداء عن اليمين وقطع للخصومة لا معاوضة ، لانه لم يعترف بكون المدعى به عائداً للمدعي حتى نعتبر ان المدعى به بقي في يده عوضاً عما دفعه الى المدعي من بدل الصلح ، فكان ما دفعه الى المدعي هو لمحض قطع المنازعة وفداء اليمين الذي توجه اليه عند عجز المدعي عن البينة . وانما اعتبر السكوت انكاراً مع انه يحتمل الاقرار والانكار ، لان الاصل براءة الذمة ، فحمله على الانكار اقرب .

و يترتب على هذا انه اذا كان بدل الصلح عيناً كان في معنى البيع فتسري عليه جميع احكام البيع فتجري فيه الخيارات كما تجري فيه الشفعة اذا كان عقاراً . واذا كان منفعة كان في معنى الاجارة فتسري عليه احكام الاجارة . واما المصالح عنه فلا تسري عليه احكام البيع او الاجارة ، فلا تجري فيه الخيارات ، كما لا تجري فيه الشفعة اذا كان عقاراً .

واذا استحق المصالح عنه كلا او بعضاً بالبينة يرد المدعى عليه ما يقابل المستحق كلا او بعضاً ، لانه لم يدفع البدل الا ليسلم له المدعى به ، فاذا استحق لم يتم له مقصوده فيرجع بما ذكر . واذا استحق بدل الصلح وكان عيناً رجع المدعي بالخصومة على المدعى عليه بمقدار ما استحق لانه لم يترك الدعوى الا ليسلم له البدل ، اما اذا كان بدل الصلح ديناً اي مما لا يتعين بالتعيين . فلا

يبطل الصلح ولا يرجع المدعي بالخصومة بل يلزم المدعى عليه ان يسلم اليه مثل ما قد استحق .

وانما قيدنا الاستحقاق بان يكون بالبينة ، لانه لو ثبت بالاقرار لا يرجع المقر بشيء ولا يؤثر اقراره على المدعي، لان الاقرار حجة قاصرة (م ١٥٥٠) .

٤ اذا وقع الصلح على ان يكون بعض المدعى به ، بدلا . فان كان المدعى به من الأعيان ، يكون الصلح استيفاء لبعض المدعى به واسقاطاً لحق الدعوى في الباقي ، كما لو ادعى احد بروضة مثلا ثم صالح على مقدار منها وابرأ المدعى عليه عن دعوى باقيها (م ١٥٥١) اما لو صالحه على بعضها وابرأه عن الباقي فلا يصح الا براء لان الابراء عن نفس العين غير صحيح ، بخلاف الابراء عن دعوى العين . وسيجيء الكلام عن الابراء عن الاعيان في بحث الابراء. وان كان المدعى به ديناً في الذمة فانه يكون استيفاء للبعض وابراء عن الباقي ، اي اذا صالح احد عن طلبه الذي هو في ذمة الآخر على مقدار منه يكون قد استوفى بعض طلبه واسقط الباقي اي ابرأ ذمة المدين من الباقي (م ١٥٥٢) .

٥ — اذا صالح احد على تأجيل دينه الذي في ذمة احد يكون قد اسقط حق تعجيله لكن يشترط لصحة هذه المصالحة الا يكون في التأجيل جهالة فاحشة. و يستثنى من هذا دين القرض فان المصالحة على تأجيله غير معتبرة لان تأجيل القرض غير لازم (م ١٥٥٣) .

كما انه اذا صالح احد عن طلبه الذي هو سكة خالصة على ان يدفع له بدلها سكة مغشوشة يكون قد اسقط حق طلبه سكة خالصة . و يعتبر هذا الصلح

من قبل بيع الصرف فلا بد فيه من قبض البدل في المجلس (م ١٥٥٤) .

٦ — الصلح للخلاص من اليمين الموجهة الى المدعى عليه على اعطاء بدل، يصح ويكون المدعي قد اسقط به حق خصومته فلا يحلف المدعى عليه (م ١٥٥٩) .

هل يصح الصلح عن اليمين الموجهة الى المدعي كيمين الاستظهار والاستحقاق ؟ الظاهر لا اذ ليس في هذا قطع خصومة ليعتبر الصلح عن حق الدعوى ، ولان الظاهر من الفقه ان الفداء خاص باليمين الموجهة الى المدعى عليه لا الى المدعي و يمين الاستظهار توجه الى المدعي .

ما يبطل به الصلح والحكم بعد ذلك .

يبطل الصلح بالامور الآتية :

١ — بالاقالة ، اذا كان في الصلح الواقع معنى المعاوضة ، ولو بالنظر لاحد الطرفين (م ١٥٥٨) . و يعلم مما سبق الصلح الذي فيه معنى المعاوضة.

٢ — الرد بخيار العيب والرؤية . ثم ان كان الصلح عن اقرار يرجع المدعي بما ادعاه ، وان كان عن انكار او سكوت يرجع بالخصومه .

٣ — استحقاق احد العوضين . وقد علم حكم استحقاق احد العوضين مما سبق . وهذا الاستحقاق ليس في الحقيقة ابطالا بل هو بيان ان الصلح لم يصح . الا انه ابطال من حيث الظاهر .

٤ — اذا هلك كل بدل الصلح او بعضه قبل ان يسلم الى المدعي وكان مما يتعين بالتعيين . وحكمه ان المدعي يرجع على المدعى عليه بالمدعى به بالمقدار الذي قد هلك من البدل ، في الصلح الواقع عن اقرار . و يرجع الى دعواه في

الصلح الواقع عن انكار او سكوت . اما اذا كان بدل الصلح ديناً اي مما لا يتعين بالتعيين ، فلا يأتي على الصلح خلل بل يلزم المدعى عليه اعطاء المدعي مثل المقدار الذي تلف . والحاصل ان هلاك بدل الصلح كلا او بعضاً كاستحقاقه كلا او بعضاً .

٥ — موت احد المتعاقدين . في الصلح على المنافع قبل انقضاء المدة لان الصلح في مثل هذا يحكم الاجارة وهي تبطل بموت احد المتعاقدين . ولكن المجلة لم تأخذ بهذا على ما اشرنا اليه سابقاً من ان المجلة لم تذهب الى بطلان الاجارة بموت احد المتعاقدين . ويدل على ما ذهبنا اليه ان الماده (م ١٥٥٧) اطلقت عدم بطلان الصلح بموت احد الطرفين .

ومن مسائل الصلح التخارج ، وهو اتفاق بعض الورثة مع سائر الورثة بان يخرج من البين على ان يدفع اليه مال معلوم مقابل حصته من التركة . فالتخارج نوع مصالحة . وهو على صور :

١ — ان تكون التركة عروضاً او عقارات او خليطاً منهما . فيعطي الخارج مقداراً معلوماً من المال مقابل حصته . وهذه الصورة صحيحة معتبرة.

٢ — ان تكون التركة نقوداً ، فينظر حينئذ فان كان بدل الصلح من غير جنس المصالح عنه صح ، والا فلا . فلو كانت التركة ذهباً واعطى الخارج فضة صح وكذلك العكس ، ولكن يلزم القبض في المجلس لان المعاملة بيع صرف في الحقيقة . كذلك لو كانت التركة ذهباً وفضة واعطى الخارج مقداراً من الذهب ومقداراً من الفضة ، كثر المقدار او قل ، فانه صحيح لان مايأخذه من الذهب يعتبر مقابل نصيبه من الفضة وما يأخذه من الفضة يعتبر مقابل

نصيبه من الذهب فاختلف الجنس ، وكذلك يصح لو كانت التركة نقوداً ، واعطى الخارج عروضاً او عقاراً

٣ – ان تكون التركة نقوداً ، غير نقود من عرض ، عقار ، فينظر فان كان بدل الصلح عروضاً او عقاراً صح ، كذلك يصح اذا كان بدل الصلح من النقود ولكن اكثر من مقدار حصته من النقود المتروكة ، لان ما يقابل حصته من النقود في المقدار يعد استيفاء ، والزائد يعد بدلا عن حصته من العروض والعقار . اما اذا كان البدل مساوياً لحصته من النقود المتروكة او اقل فلا يصح لعدم تأتي التأويل الذى ذكرناه .

٤ – ان تكون التركة كلها ديوناً في الذمة وجرى التخارج على ان يكون بعض الديون للخارج . وهذا غير صحيح ، لاستلزامه تمليك الدين لغير من عليه الدين . ولاستلزامه قسمة الدين قبل قبضه وهو لا يجوز .

٥ – ان تكون التركة ديوناً وغير ديون وجرى التخارج على غير الديون ، وهو صحيح ، ويبقى الدين مشتركا بين الجميع حسب حصصهم الارثية . اما لو كان بدل الصلح ديناً وغير دين فانه لا يصح لانه باطل في الدين واذا بطل العقد في البعض بطل في الكل .

ثم ان بدل الصلح الذي دفع الى الخارج ان كان من التركة فان باقي التركة يقسم على سائر الورثه الباقين حسب عدد رؤوسهم ان لم تكن سهامهم مختلفة . وان كانت سهامهم مختلفة فان الباقي يقسم على عدد سهامهم من مسألتهم قبل التخارج فلو كان الورثة زوجاً وبنتاً واختاً ووقع التخارج مع الزوج على شيء من التركة فان الباقي يقسم على ثلاثة حصص اثنتان للبنت واحدة للاخت . وان

كان بدل الصلح ليس من التركة بل من مال آخر مشترك بين سائر الورثة فان نصيب الخارج من التركة يقسم على الورثة بنسبة حصصهم من البدل المشترك بينهم .

ويلاحظ ان التخارج لا يصح اذا كان على التركة دين ولو قل الا اذا اوفى الدين اولا او تعهد بعض الورثة بتحمله ، وهو يكون متبرعاً بذلك .

واذا ظهر بعد التخارج مال للتركة ، فانه لا يشمله التخارج على القول الراجح ، بل يكون مشتركا بين سائر الورثة حسب انصبائهم الشرعية .

الابراء

ينحصر الكلام في هذا الباب بالمواضيع الآتية .

١ — تعريف الابراء واقسامه وركنه .

٢ — ما يصح فيه الابراء وما لا يصح .

٣ — شروطه واحكامه .

٤ — حدود شمول لفظ الابراء .

تعريف الابراء واقسامه .

هو اسقاط احد كل دينه ، او بعضه ، او اى حق من حقوقه من ذمة احد ويسمى ابراء اسقاط . واذا اطلق الابراء فانه ينصرف الى هذا المعنى على الاصح ، لانه حقيقة فيه ، ولانه المتبادر عند الاطلاق ، وقد ذهب البعض الى انه عند الاطلاق يحمل على ابراء الاستيفاء . وهنا نوع آخر ، ويسمى ابراء الاستيفاء وهو ان يقر احد باستيفاء دينه كله او بعضه من مدينه . وهذا النوع في الحقيقة اقرار لا ابراء وانما يسمى ابراء مجازاً . فالابراء اذاً نوعان .

ابرء اسقاط ، وابراء استيفاء والمبحوث عنه هنا هو الاول ، لان الثاني داخل ضمن الاقرار (م ١٥٣٦) .

وينقسم ابراء الاسقاط الى قسمين ايضاً : الى ابراء خاص ، وابراء عام .

والابراء الخاص هو ابراء احد آخر من دين معين او حق معين او من دعوى متعلقة بخصوص معين معلوم كدعوى الطلب بدار او ضيعة او دين كأن يقول له ابرأتك من الدعوى المتعلقة بالدار الفلانية وكأن يقول ابرأت زيداً من الدين الفلاني ، وكأن يقول ابرأتك من حق الشفعة في الدار الفلانية (م ١٥٣٧) .

والابراء العام هو ابراء احد آخر من جميع الحقوق او جميع الديون او جميع الدعاوي كأن يقول لا حق لي قبل فلان . او ابرأتك من جميع الحقوق او جميع الدعاوي ، او جميع الخصوصات ، او يقول ابرأت زيداً من جميع الديون (م ١٥٣٨) فاذا كان الابراء خاصاً ، لا يبقى للمبرئ حق على المبرأ بذلك الخصوص . واذا كان عاماً ، لا يبقى للمبرئ حق على المبرأ بالحدود التي يشملها العموم . مثلاً ان قوله لا حق لي قبل فلان يشمل الامانات والمضمونات والديون وسائر الحقوق ، فلا يحق له الدعوى على فلان بشيء سابق على الابراء . وكذلك قوله ابرأت فلاناً من جميع الدعاوي فانه لا يحق له الدعوى عليه بشيء سابق على الابراء . واذا قال ابرأت زيداً عن سائر الديون ، لا يبقى له حق الدعوى عليه بدين سابق على الابراء .

ركن الابراء :

ركنه ايجاب المبرئ وعدم الرد من المبرأ . فلا تتوقف صحة الابراء على القبول

ولكنه يرتد بالرد اذا لم يكن اسقاطاً محضاً لان الابراء حينئذ وان كان اسقاطاً من جهة الا انه يتضمن معنى التمليك. ويسقط حق الرد بالأمور الآتية :

١ — السكوت في المجلس . فليس له بعد انفضاض المجلس وهو ساكت حق الرد فاذا رد فلا عبرة برده . والمراد من المجلس مجلس الابراء اذا كان المبرأ حاضراً ومجلس بلوغ خبر الابراء اذا كان غائباً .

٢ — طلب الابراء . فاذا طلب المدين الابراء من دائنه فابرأه فلا يحق له الرد .

٣ - القبول فاذا ابرأ احد آخر من دين مثلا وقبل المبرأ، فلا يحق له الرد بعد القبول . فلا بد من القبول في السلم .

غير ان الابراء عن رأس مال السلم يتوقف على القبول، و يرتد بالرد ، وذلك لان قبض رأس مال السلم شرط لصحة العقد فالابراء عن رأس مال السلم يكون فسخاً للعقد في الحقيقة ، وان العقد الذي ينعقد صحيحاً لازماً تتوقف اقالته وفسخه على رضاء الطرفين .

والحاصل ان الابراء بالنظر الى القبول والرد على ثلاثة انواع :

١ - ما لا يتوقف على القبول ويرتد بالرد ، وذلك اذا كان اسقاطاً محضاً كالابراء عن الكفالة ، وابراء المحال له المحال عليه .

٢— ما لا يتوقف على القبول و يرتد بالرد كالابراء عن الديون ما عدا رأس مال السلم ، وذلك لتضمنه التمليك .

٣— ما يتوقف على القبول و يرتد بالرد ، وذلك كالابراء عن رأس مال السلم ، لانه فسخ للعقد في الحقيقة (م ١٥٦٨) .

ويلاحظ ان الابراء لا يصح تعليقه على الشرط لان فيه معنى التمليك وما كان كذلك من العقود والتصرفات لا يصح تعليقه. ويترتب على هذا ان الدائن اذا قال لمدينه ان اديت لي نصف الدين فقد ابرأتك من النصف الآخر، انه لا يبرأ بأداء النصف عن النصف الآخر.

ويجوز اقترانه بالشرط الملائم، كما اذا قال الدائن لمدينه ابرأتك عن نصف الدين على شرط ان تؤدي لي النصف الآخر في يوم كذا وان لم تؤده في هذا اليوم فان الدين يرجع كما كان بتمامه، فان ادى النصف في الوقت المعين برئ من النصف الآخر وان لم يؤده لا يبرأ من شيء ويبقى عليه الدين كله. واذا كان الشرط فاسداً يصح الابراء ويلغى الشرط، كما اذا لم يعين وقت الاداء في المثال المذكور تعيناً تاماً، لان الابراء لا يبطل بالشروط الفاسدة.

ما يصح فيه الابراء وما لا يصح.

يصح الابراء:

١ — عن الدعوى سواء كانت دعوى دين او عين مضمونة، او عين غير مضمونة او دعوى حق مجرد كحق الشفعة وحق المسيل وسائر الحقوق (م ١٥٦٤و١٥٦٥و١٥٦٦).

٢ — وعن الدين سواء كان عن كل الدين او بعضه، فلو اتلف احد مال غيره فقد ثبت في ذمته بدله للمالك وكذلك اذا غصب احد مالا فهلك في يده؛ فانه يترتب في ذمته بدله للمالك، فللمالك ان يبرئ المتلف او الغاصب مما يترتب في ذمته، كلا او بعضاً. وهكذا سائر الديون.

٣ - وعن الحقوق القابلة للاسقاط كحق المرور وحق المسيل وحق الشفعة وسائر الحقوق المجردة ، لان الحق المجرد يبطل بالابطال انظر المادة (١٢٢٧). اما الحقوق التي لا تقبل الاسقاط ، فلا يصح الابراء فيها كحق الرجوع في الهبة ونحوه .

٤ - وعن العين غير المضمونة ، فلو كان لاحد امانة بيد شخص فقال له ابرأتك عن هذه العين ، يحمل الابراء على الابراء عن دعواها ، فلا تسمع دعواه بخصوصها .

ولا يصح الابراء :

١ — عن نفس العين المضمونة لان الاعيان لا تقبل الاسقاط . فلو قال ابرأتك عن العين الفلانية ، فان هذا الابراء غير معتبر ، فلا تكون العين ملكا للمبرأ ، بل تبقى ملكا للمبرئ فله حق الدعوى بالعين المذكور . نعم يعتبر هذا الابراء من حيث نفي وصف الضمان ، اعمالا للكلام قدر الامكان ، فتصبح هذه العين المضمونة ، بعد الابراء امانة بيد المبرأ . ووجه الفرق بين العين المضمونة وغير المضمونة ان اعمال الكلام في الابراء عن العين غير المضمونة ، لا يمكن الا بحمله على الابراء عن دعواها ، واعمال الكلام في الابراء عن العين المضمونة ، ممكن بحمله على الابراء عن ضمانها ، وهو اقل من الابراء عن دعواها ، والاعمال انما يكون قدر الامكان .

ويلاحظ ان الابراء عن الاعيان اذا كان على وجه الاخبار فانه يصح ، ويعتبر ذلك اقراراً ونفياً للملك ، وذلك كما لو قال ان فلاناً بريء مما لي عنده فان هذا الابراء يشمل العين والدين . وكذلك لو قال لا ملك لي في المال

الفلاني الذي بيد زيد . ولكن اذا كان الابراء بصورة الانشاء فان الابراء عن الاعيان يجرى فيه التفصيل السابق .

٢ — عن الحقوق التي لا تقبل الاسقاط كحق الرجوع عن الهبة ، وخيار الرؤية ، قبل رؤية المبيع ، وحق الاجارة ، وحق الاستحقاق في الوقف ، حق الارث فان هذه الحقوق لا تقبل الاسقاط فلا تقبل الابراء . فلو قال الواهب اسقطت حق رجوعي عن الهبة لا يسقط حقه ، وكذلك لو قال احد اسقطت حق منفعة هذه لدار لا يسقط حق اجارته ، وكذا لوقال الوارث اسقطت حقي من الارث ، او قال احد المشروط له الغلة في وقف ، اسقطت حقي من الغلة ، فانه لا يسقط ، وكذلك لا يصح الابراء من هذه الحقوق .

شروط الابراء :

يشترط لصحة الابراء :

١ — ان يكون المبرئ بالغاً ، عاقلا ، اهلا للتبرع ، راضياً بالابراء . فاذا اختل شرط من هذه الشروط لايكون الابراء صحيحاً . هذا كله اذا كان المبرئ صحيحاً ، فان كان مريضاً مرض الموت كان ابراؤه وصية وعليه فان ابرأ احد ورثته من دينه لا يكون صحيحاً نافذاً الا إذا اجاز سائر الورثة الابراء . وان ابرأ غير الوارث من الدين جاز من الثلث اذا لم يكن احد الورثة كفيلا لهذا الاجنبي المدين ، فان كان احدهم كفيلا لاينفذ الابراء بدون اجازة سائر الورثة (م ١٥٧٠) . وكذلك ابراء المريض المستغرقة تركته بالديون ، لاينفذ ابراؤه الا باجازة الدائنين ، فاذا لم يجيزوا الابراء ، لا يعتبر (م ١٥٧١) .

٢ — ان يكون المبرؤون معلومين معينين ، فلو قال احد ابرأت جميع مديوني ،

او ليس لي عند احد حق ، لا يصح ابراؤه . واما لو قال ابرأت اهالي المحلة الفلانية ، وكان اهل تلك المحلة معينين واشخاصاً معدودين ، فيصح الابراء . وقدر الفقهاء العدد بان لا يتجاوز المائة (م ١٥٦٧) .

ولا يشترط ان يكون الشيء الذي وقع الابراء عليه معلوماً ، فجهالة الدين لا تمنع صحة الابراء عنه ، واذا ابرأ احد شخصاً عن جميع الحقوق التي له عليه فانه يبرأ من الحقوق التي يعلمها المبرئ والتي لا يعلمها .

ولا يشترط ايضاً كون المبرأ حياً . فيجوز ابراء الميت من الدين الذي في ذمته ، فاذا ابرأه الدائن لايبقى له حق لمطالبة بالدين من التركة ، فتخلص التركة للورثة . وهل يرتد الابراء برد الورثة ؟ الارجح انه لا يرتد ، لان الدين لم يكن في ذمتهم . لكن لو ابرأ الدائن احد الورثة عما يصيب نصيبه من الدين فانه يسقط من الدين بقدر نصيبه منه ، و يرتد الابراء المذكور برده (م١٥٦٩) .

احكام الابراء :

اذا ابرأ احد آخر عن دين او حق سقط من ذمة المبرئ فليس للمبرئ الدعوى بذلك الدين او الحق . وكذلك اذا ابرأه عن الدعوى (م١٥٦١ و ١٥٦٢) غير ان الابراء لا يشمل ما بعده من الديون والحق كما لا يشمل الدين الذي يتحقق لزومه بعد الابراء وان كان سببه متحققاً قبله ، وذلك مثل دعوى ضمان الدرك بعد الابراء ، فلو كفل احد شخصاً بالدرك ثم ابرأ المكفول له الكفيل من جميع الدعاوي فاذا لحق الدرك الكفيل فللمكفول له ان يدعي على الكفيل بمقتضى الدرك لان الاستحقاق كان منعدماً وقت الابراء فلم يكن

الكفيل ملزماً بشيء وانما يصبر ملزماً بعد ضبط المبيع بالاستحقاق ، وهو انما وقع بعد الابراء (م ١٥٦٣) .

ثم ان الابراء ان كان خاصاً لا تسمع بعدالابراء دعوى المبرئ التي تتعلق بالخصوص الذي وقع الابراء عليه ، ولكن له الدعوى بحقه الذي يتعلق بغير ذلك الخصوص . مثلا اذا ابرأ احد خصمه من دعوى دار فلا تسمع دعواه التي تتعلق بتلك الدار بعد الابراء ، ولكن تسمع دعواه التي تتعلق بالاراضي والضياع وسائر الامور (م ١٥٦٤) .

وان كان الابراء عاماً كأن يقول احد ابرأت فلاناً من جميع الدعاوي ، او ليس لي عنده حق اصلا فليس له ان يدعي عليه بحق قبل الابراء حتى لو ادعى عليه حقاًمن جهة الكفالة لا تسمع دعواه ، فلا تسمع دعواه عليه بقوله انت كنت قبل الابراء كفيلا بالمال او بالنفس عن فلان فسلمني المال او النفس ، كما لا تسمع دعواه بقوله انت كنت لمن أبرأته كفيلا قبل الابراء ، لان الحق اذا سقط عن المكفول عنه سقط عن الكفيل ايضاً . (م ١٥٦٥) .

ويلاحظ ان الابراء اذا كان في ضمن عقدفاسد ، فانه يكون فاسداً . فاذا باع احد مالا وقبض ثمنه وابرأ المشتري من جميع الدعاوي التي تتعلق بالمبيع ، وابرأ المشتري البائع من جميع الدعاوي التي تتعلق بالثمن المذكور ثم استحق المبيع واخذه المستحق من يد المشتري، فلا يكون للابراء تأثير فيستردالمشتري الثمن الذي كان اعطاه البائع ، لان الابراء المذكور وقع ضمن عقد البيع الذي تبين انه غير صحيح فيفسد الابراء (م ١٥٦٦) . لكن لو كان المشتري قد ابرأ البائع عن الثمن بصورة مستقلة اي من غيرادخاله ضمن عقد البيع ، كأن يبرئه ابراء عاماً مستأنفاً بعد عقد البيع .

حدود شمول الفاظ الابراء :

ان الالفاظ التي تستعمل في الابراء على ثلاثة درجات من حيث الشمول .

١ — ما يشمل كافة الحقوق من ثمن ، وأجرة ، ومهر ، وارش الجنايات ، والغصب ، والامانات ، والعارية والاجارة ، ونحوها من الحقوق المالية . و يشمل الكفالة بالنفس والقصاص ونحوهما من الحقوق غير المالية . و يشمل الديون والاعيان وذلك مثل « لا حق لي قبل فلان » و « أبرأت فلاناً من جميع الدعاوي » و « أبرأت فلاناً من جميع الحقوق » و « ليس لي عند فلان حق أو خصومة » ، وما يؤدي هذا المعنى .

٢ — ما يشمل الديون فقط ، وذلك مثل قوله « أبرأت فلاناً من الحقوق التي لي عليه » فان عبارة « عليه » تصرف الحقوق الى الديون فقط نظراً للعرف والاستعمال . وكذلك قوله « أبرأت فلاناً من ديوني التي عليه » ، وما يؤدي هذا المعنى .

٣ — ما يشمل الامانات فقط ، وذلك مثل قوله « أبرأت فلاناً مما لي عنده » فان عبارة « عنده » تستعمل عرفاً في الامانات .

و يستخلص مما قدم ، ان الابراء يتعلق بالدعوى ، و بالدين ، و بالعين المضمونة اذا وقع الابراء بلفظ الاخبار ، كان يقول ان خالداً بريء مما لي قبله وما لي عنده . فانه هذا اللفظ اقرار عن ابراء ناشيء من سبب صالح ونفى للاعيان المالية من الاصل ، فيشمل الدين والعين المضمونة والامانات . فلا تسمع دعواه بعد هذا الاخبار على خالد بخصوص أي شيء سابق .

كتاب الاقرار

ينحصر الكلام عن الاقرار بالمواضيع الآتية :

١ — تعريف الاقرار و بيان انه اخبار أو انشاء

٢ — ركنه وأقسامه وشروطه

٣ — وجوه صحة الاقرار

٤ الاحكام العامة للاقرار

٥ — نفي الملك ، والاسم المستعار

٦ — حكم اقرار المريض مرض الموت

٧ - حكم الاقرار بالكتابة

٨ — ما يبطل به الاقرار

تعريف الاقرار وهل هو اخبار ؟

عرفت المجلة الاقرار بانه . اخبار الانسان عن حق عليه لآخر (م١٥٧٢).

فيفهم من ذلك انه اخبار ، وهو رأي الاكثرية المتبادر الى الفهم . وذهب البعض الى انه انشاء أي انه تصرف بالتمليك في الحال ، بمعنى ان من اقر لأحد بشيء فقد ملكه اياه وقت الاقرار ، فهو من قبيل الهبة . وذهب البعض الى انه اخبار من وجه وانشاء من وجه .

ويتفرع على كونه اخبارا :

١ — انه لا يشترط كون المقر به ملكا للمقر وقت الاقرار ، فمن أقر لاحد بشيء وهو غير مالك له وقت الاقرار ، يصح اقراره و يعتبر ، فليس له بعد ذلك

انه يدعيه لنفسه ، واذا وصل اليه في وقت من الاوقات بطريق الشراء أو الهبة ، كان للمقر له أن يأخذه منه ، عملا باقراره .

٢ — للمريض مرض الموت أن يقر بجميع ماله لاجنبي . ولو كان انشاء لما اعتبر اقراره باكثر من الثلث .

٣ — لا يجري خيار الشرط في الاقرار ، لان خيار الشرط يعتبر لاجل الفسخ . والخبر لا يحتمل الفسخ .

٤ — يصح الاقرار بالمشاع القابل للقسمة (م ١٥٨٥) : ولو كان انشاء لما صح لانه حينئذ هبة .

٥ — انه لا يتوقف على القبول (م ١٥٨٠) . ولو كان انشاء لتوقف على القبول لانه يكون بحكم الهبة .

٦ — يصح الاقرار بالمجهول . ولا يجوز ذلك لو كان انشاء ، لان هبة المجهول غير صحيحة .

٧ — لايصح الرجوع عن الاقرار فى حقوق العباد ، ولو كان انشاء لصح ، لانه يكون بحكم الهبة ، وهي يصح الرجوع عنها .

٨ — يصح الاقرار بالخمر للمسلم ، حتى انه يجبر بعد ذلك على تسليمه له . ولو كان انشاء لما صح ذلك ، لان الخمر ونحوها لا يصح تمليكها للمسلم شرعاً .

٩ — اذا اقر احد بان الدار الفلانية مثلا وقف ثم انه اشتراها فانها تكون وقفاً . ولو كان انشاء لما صح الوقف ، لان صحة الوقف تتوقف على كون الموقوف ملكا للواقف وقت الوقف .

١٠ — يصح اقرار المرأة بالزوجية من غير حضور شهود ، ولو كان انشاء لما صح بدون شهود .

١١ — الاقرار لا يكون سبباً للملك . حتى لو ادعى المدعي بقوله ان هذا المال مالي لان المدعى عليه كان قد أقر بانه مالي ، لا تسمع دعواه . ولو كان الاقرار انشاء لكان سبباً للملك ، ولسمعت الدعوى بالصورة المذكورة .

١٢ — يصح اقرار الصبي المأذون، في الخصوصات المأذون بها (م١٥٧٣) ولو كان انشاء لما صح ، لان الصبي لا يصح تبرعه ولو كان مميزاً مأذوناً .

ويتفرع على كونه انشاء :

١ — ان حكم الاقرار لا يظهر في الزوائد . فلو أقر أحد بالفرس التي في يده لآخر ، فان فلوها لا يثبت للمقر له وليس له أخذه من المقر بل أخذ الفرس وحدها . ولو كان اخباراً مجرداً لكان الفلو للمقر له مع الفرس .

٢ — ان الاقرار يرتد بالرد (م ١٥٨٠) . ولو كان اخباراً لما قبل الرد .

أما هاتان المسألتان على قول من قال ان الاقرار اخبار ، فيقال عنهما بان سبب عدم شمول الزوائد هو كون الاقرار حجة قاصرة فلا تشمل غير المقر به . وأما ارتداده بالرد ، فلان رد المقر له يتضمن تكذيب المقر والاقرار باعتباره خبراً يحتمل الصدق والكذب فاذا كذبه المقر له ، كان الراجح فيه جانب الكذب فيسقط عن الاعتبار .

ركن الاقرار :

ركن الاقرار ، هو اللفظ الدال على الاقرار ، أو ما هو بحكم اللفظ كالكتابة واشارة الاخرس (م ١٥٨٦) .

أقسام الاقرار :

هو قسمان : عام وخاص . فالعام ما يشمل جميع ما يملكه المقر ، كان يقول ان جميع ما تحت يدي من قليل وكثير هو ملك فلان . أو ان جميع الاموال التي تنسب الي هي ملك فلان . والخاص ما يخص شيئاً معيناً ، كان يقول : هذه الدار ملك زيد ، أو ان هذا المال المنسوب الي هو لزيد.

شروط الاقرار :

شروط الاقرار ، منها ما يعود الى المقر ، ومنها ما يعود الى المقر له ، ومنها ما يعود الى المقر به .

أما ما يعود الى المقر ، فيشترط في المقر أن يكون :

١ — عاقلا بالغاً فلا يصح اقرار الصغير والمجنون والمعتوه ، ولو أجاز وليهم أو وصيهم ذلك .

كما انه لا يصح على هؤلاء اقرار أوليائهم وأوصيائهم ، لان الاقرار حجة قاصرة على المقر . نعم يعتبر اقرار الولي والوصي باستيفائهما ديناً للصغير الا انهما يضمنان ذلك للصغير .

و يستثنى من هذا الشرط الصغير المميز المأذون والمعتوه المأذون فان اقرارتهما في الخصوصات المأذونين بها صحيحة معتبرة (م ١٥٧٣) .

٢ — رضاء المقر ، لان الاقرار أخبار وهو يحتمل الصدق والكذب ، لكن أخبار الانسان عن نفسه دليل الصدق ، فاذا وقع باكراه فان جانب الكذب يكون هو الراجح ، فلا يعتبر (م ١٥٧٥) . ومن هذا القبيل أيضاً

اقرار التلجئة والمواضعة • وهو أن يقر أحد لآخر بشيء بعد أن يسبق اتفاق بينهما على أن يقر له بذلك كذباً وان الاقرار فاسد • فمثل هذا الاقرار لا يعتبر لفقد شرط الرضاء ، لان المقر بهذه الصورة غير راض بالاقرار ، و إنما أوقعه صورة لا حقيقة . ومن هذا القبيل أيضاً الاقرار إستهزاء .

٣ — ألا يكون المقر محجوراً عليه • (م ١٥٧٦) سواء كان الحجر طبعياً كما لو كان صغيراً أو مجنوناً ، أو كان حكمياً كالسفيه والمدين. وقد مر الكلام على ذلك في البحث عن الحجر فلتراجع المواد (٩٩٠ الى ١٠٠٢) •

٤ — ألا يكذبه ظاهر الحال أو الشرع أو القانون • فلا يصح اقرار الصغير الذي لا تتحمل جثته البلوغ ، بانه قد بلغ • ولا يصح اقرار أحد بان الدين الذي قد أبرأه منه غريمه لم يزل في ذمته ، لان الشرع والقانون يكذبانه • ولا يصح اقرار أحد الورثة لآخر باكثر من حصته الشرعية فلو مات أحد عن ابن و بنت وأقر الابن بان نصيب البنت النصف ، لا يعتبر اقراره • ولا يصح اعتراف موظفي ضريبة الاملاك مثلا بان دار زيد البالغ إيجارها السنوي مائة دينار لا ضريبة فيها ، لان القانون يكذب ذلك (م ١٥٧٧) •

٥ — كون المقر معلوماً ، فلو قال اثنان أو جماعة أحدنا مدين لزيد بكذا ، لا يعتبر الاقرار ولا يلزم أحد للمقر له بشيء .

واما الذي يعود الى المقر له . فيشترط الا يكون مجهولا جهالة فاحشة ، لان المقر له اذا لم يكن معيناً لا تحصل فائدة من الاقرار ، كما انه لا حق لاحد أن يجبره على بيان هذا المجهول . و يتفرع على هذا ان السند المحرر لامر حامله ليس لمن

يبرزه حق الادعاء بمضمونه لمجرد استناده الى السند . بل لا يحق له بذلك الا اذا استند الى سبب صحيح ثابت كالا قراض وكذلك . إذا أقر أحد بان هذا المال لرجل ، أو لاحد من أهالي البلدة الفلانية ولم يكن اهالي تلك البلدة معدودين .

ولا تضر الجهالة اليسيرة في المقر له ، لان صاحب الحق لايخرج عن كونه احد من ذكرهم المقر . فيصح الاقرار لو اقر احد بان هذا المال لاحد هذين الرجلين ، اولاحد من اهالي البلدة الفلانية، وكان اهاليها قوماً محصورين. وقد اعتبر الفقهاء ان عدد الاهالي اذا كان مائة فمادون يعتبرون محصورين معدودين وان كانوا اكثر من ذلك ، يعتبرون غير محصورين .

ولا نخطأ ايضاً اذا استندنا الى العرف في كون المقر له مجهولا جهالة يسيرة او جهالة فاحشة .

وبناء على ما تقوم اذا اقر احد بان هذا المال لاحد هذين الرجلين، او انه لاحد اهالي المحلة الفلانية وكانوا محصورين معدودين .اي قليلين لا يتجاوزون المائة ، فان اتفق المقر لهم فيما بينهم كان لهم ان يأخذوا المال المذكور من المقر و يتملكوه بالاشتراك ، واذا اختلف المقر لهم فادعى كل واحد منهم استقلاله في ملكيته المال ، فلكل منهم ان يطلب من المقر اليمين بعدم كون المال له ، فان نكل المقر عن اليمين لكل واحد منهم يكون ذلك المال كذلك مشتركا بينهم و إن نكل عن اليمين لبعضهم وحلف لبعض كان المال لمن نكل عن اليمين اليهم ، وان حلف لكل واحد يبرأ المقر عن دعواهم ويبقى المال بيده بقضاء الترك ، حتى لو اتفق المقر لهم بعد ذلك فيما بينهم، ليس لهم ان يأخذوا

المال من يده ملكا مشتركا بينهم (م ١٥٧٨) . وذهب الامام محمد إلى أن لهم ذلك عملا باقراره ، إذ ان حلفه لكل واحد ، رجوع عن الاقرار ، وليس للمقر الرجوع .

ولا يخفى ما في هذا الحكم من الاضطراب. وأرى انه اذا حلف لاحدهما ، وجب ان يكون المال للثاني إذ بحلفه لاحدهما . يكون الاقرار قد تمركز للثاني طبعاً .

ولا يشترط كون المقر له عاقلا ، فيصح الاقرار للصغير ولو كان رضيعاً ، سواء بين سبباً صالحاً ، أو بين سبباً غير صالح او لم يبين سبباً ما ، فالاول كما لو قال اني مدين لهذا الرضيع مائة دينار لاني كنت قد استقرضت ذلك من أبيه المتوفي . والثاني ، كان يقول اني مدين لهذا الصبي مائة دينار لاني استقرضت منه ذلك او لاني كنت قد اشتريت منه دارا بهذا المبلغ. والثالث ، كان يقول اني مدين لهذا الصبي مائة دينار .

وانما اعتبر الاقرار إذا كان قد بين سبباً غير صالح كالمثال الثاني ، لامكان حمل الكلام على معناه المجازى بان يحمل الكلام على انه قد استقرض من وليه أو وصيه ، واشترى داراً بذلك المبلغ من وليه أو وصيه . وأعمال الكلام أولى من اهماله ، ، إذا لم تكن الحقيقة يصار الى المجاز .

أما الاقرار للجنين فان بين المقر سبباً صالحاً ، صح الاقرار كان يقول اني مدين للجنين الذي في بطن هذه المرأة مائة دينار لأني كنت قد استقرضت ذلك من أبيه المتوفي . وان لم يبين سبباً ما ، كان يقول اني مدين للجنين المذكور مائة دينار فالرأي الراجح ان الاقرار باطل ، لان مطلق الاقرار

يصرف الى الاقرار بسبب التجارة ، وذلك محال مع الجنين ، وذهب البعض الى اعتبار الاقرار لجواز حمل هذا الاقرار على سبب صالح بان يكون المقر قد اشترى من أب الجنين المتوفي داراً بذلك المبلغ أو استقرض منه ذلك . وان بين سبباً غير صالح ، كان يقول اني مدين للجنين الذي في بطن هذه المرأة مائة دينار استقرضتها منه ، فالاقرار باطل ، لعدم امكان حمل الكلام على معناه الحقيقي ، وهو ظاهر ، ولا معناه المجازي لان الجنين لا ولاية ولا وصاية عليه لاحد حتى ينسب التصرف اليه ، لان الولاية انما تبتدىء على الجنين بعد ولادته ، والاقرار المفروض قد وقع قبل ذلك ، فيهمل الكلام .

واما الذي يرجع الى المقر به . فيشترط في المقر به .

١ — الا يكون معدوماً ، فلا عبرة بما لو اقر بان ما سوف تلده اغنامه لفلان. وما ستنتجه بستانه من الثمرة لفلان . اما اذا كان المقر به محتمل الوجود وقت الاقرار فهو صحيح ، كما لو اقر بان ما في بطن هذه الفرس لفلان فولدت الفرس لاقل مدة الحمل فان هذا الاقرار يصح ويعتبر وصية ، تطبق فيه احكام الوصية ، لان الكلام يعمل ولا يهمل قدر الامكان .

واقل مدة الحمل في الحيوانات يرجع في معرفته الى اهل الخبرة . وقد ذكر الفقهاء ان اقل الحمل في الشياه اربعة اشهر وفي غيرها من الحيوانات ستة اشهر وذكر بعض المحققين من الفقهاء ان اقل مدة الحمل في الخيل والابل والحمير سنة وفي البقر تسعة اشهر ، وفي الفيل احد عشر شهراً ، وفي الغنم والمعز خمسة اشهر ، وفي الهرة شهران ، وفي الكلاب اربعون يوماً ، وفي الانسان ستة اشهر .

٢ — ان يكون المقر به معلوماً اذا اسند المقر سبب اقراره الي تصرف لا يصح مع جهالة المتصرف به ، كالعقود التي لا تكون صحيحة مع الجهالة ، كالبيع والاجارة ، فلو قال احد اني اشتريت مالا من فلان أو آجرت مالا لفلان او بعت مالا لفلان او استأجرت منه مالا ، لا يعتبر الاقرار ، فلا يلزم المقر ببيان ما باعه أو اشتراه أو آجره أو استأجره .

اما اذا اسند سبب اقراره الى تصرف يصح مع الجهالة ، او لم يسنده الى سبب ما فان الاقرار يعتبر و يجبر المقر بالحبس حتى يبين ما اقر به ، بناء على دعوى المقر له ، كما لو قال غصبت من زيد مالا ، او سرقت منه مالا ، او له عندي وديعة ، او له علي حق (م ١٥٧٩) ، ولا يعتبر بيانه في المال الا اذا ذكر مالا ذا قيمة ولو قليلة ، فلا يصدق بقوله ان المال المذكور هو حبة حنطة أو جرعة ماء او نحو ذلك لان هذا البيان رجوع عن الاقرار . ولا يعتبر في بيانه الحق الا حق يلزم به الانسان مدنياً ، كان يقول انه دينار او قنطار حنطة او ان الحق المذكور هو حق شفعة او حق طريق او نحو ذلك ، فلا يصدق بقوله اردت حق الصداقة ، أو حق الوطنية او نحو ذلك ، لان هذا رجوع عن الاقرار . ولا فرق في البيان المقبول بين ما اذا كان موصولا بالاقرار او مفصولا حتى لو قال: غصبت من فلان مالا هو جرعة ماء لا يعتبر بيانه هذا الموصول باقراره ، بل عليه أن يبين مالا ذا قيمة على ما مر ، لان هذا البيان الموصول وهو « جرعة ماء » رجوع عن الاقرار ، فلا يعتد به .

وانما صح الاقرار بالمجهول لان المقر قد يغصب شيئاً لا يعرف مقداره وقد يسرق مالا لايدري كميته، وقد تودع عنده وديعة لا يعرف مقدارها، وقد يعرف

ان عليه حقاً لآخر ولكنه لم يعينه، ثم بعد ذلك قد يقف على مقدار ماغصب او سرق وقد يعين الحق الذي عليه. لذلك يرجع اليه في البيان. ويكون القول قوله ، فاذا زعم المقر له اكثر مما بين المقر فعليه البينة ، واذا عجز فعلى المقر اليمين . واذا مات المقر قبل البيان لايلزم الورثة على البيان .

وجوه صحة الاقرار

١ ـ يصح الاقرار بدون ان يتوقف الاقرار على قبول المقر له (م ١٥٧٠) ولهذا لو اقر خالد بشيء لزيد الحاضر في مجلس الاقرار فسكت زيد ولم يرده، يصح الاقرار لوجود القبول الضمني ويؤاخذ خالد باقراره ولا يعتبر اقراره ثانية بذلك الشيء لشخص آخر . اما لو كان المقر له غائباً عن مجلس الاقرار فلا يصح الاقرار الا بعد تصديق الغائب لعدم تصور القبول الضمني وقت الاقرار . فلو اقر هذا المقر ثانية بذلك الشيء لشخص آخر قبل تصديق الغائب الاقرار الاول ، كان الاقرار الثاني صحيحاً ولا عبرة بالاول . هذا ما عليه الفقهاء . وهذا بناء على القول بان الاقرار اخبار لان اخبار الشخص عن نفسه يعتبر صادقاً فيه ، سواء كان المقر له حاضراً ام غائباً .

والظاهر من اطلاق المجلة عدم التفريق بين ما اذا كان المقر حاضراً او غائباً فانه لا يتوقف على التصديق نظراً للاطلاق ، وهو الموافق للقول بان الاقرار اخبار ، وقد سبق البيان بان المجلة صرحت بذلك واختارت كونه اخباراً . فعلى هذا لا يتوقف الاقرار على القبول مطلقاً .

ثم ان الاقرار وان لم يتوقف على القبول فانه يرتد برد المقر له لان ذلك تكذيب للخبر ، فاذا اعترف المقر له بان الخبر كذب كان ملزماً ايضاً باعترافه

فلا يبقى تأثير للاقرار . ولكن لا عبرة للرد بعد التصديق ، فلو صدق المقر له الاقرار صح وتم ، فلا عبرة بتكذيبه بعد ذلك .

واذا رد المقر له مقداراً من المقر به لا يبقى حكم الاقرار في المقدار المردود ويصح في المقدار الباقي الذي لم يرده المقرر له (م ١٥٨٠) .

٢ ـ ويصح الاقرار وان اختلف المقر والمقر له في سبب الاقرار (م١٥٨١) لان صحة الاقرار لا تتوقف على بيان السبب ، فاذا اختلفا في السبب يصح الاقرار و يبطل السبب . مثلا لو ادعى احد الفا من جهة القرض واقر المدعى عليه بالف من جهة ثمن المبيع ، لا يكون اختلافهما هذا مانعاً لصحة الاقرار .

واذا كان الاختلاف في نفس المقر له فان الاقرار يكون غير صحيح ، لانه يتضمن تكذيب المقر له للمقر . فلو اقر له بوديعة قدرها مائة دينار مثلا وادعى المقر له ان على المقر مائة دينار ديناً ، يبطل الاقرار . لان المقر له يكون قد كذب المقر وادعى عليه الدين فعليه الاثبات .

٣ ـ ويصح الاقرار صراحة ودلالة فان الاقرار نوعان : الاقرار صراحة والاقرار دلالة اوضمناً .

فالاقرار صراحة كان يقر احد لآخر لفظاً او كتابة ان هذا المال ملكه ، او ان له عليه كذا ديناً .

والاقرار دلالة . هو ان يصدر من احد ما يتضمن الاعتراف بشيء لآخر او الاعتراف بكونه غير مالك لشيء معين .

فالاول : كما لو طلب احد من آخر الصلح عن مال او ابراء من دين ، فان هذا الطلب يتضمن اقرار الطالب بالمال او الدين للمطلوب منه ، وكذلك

لو ادعى احد على آخر بان له عليه حقاً فطلب المدعى عليه منه الصلح عن ذلك الحق ، يكون مقراً بان عليه حقاً للمدعي ، فيلزم ببيان الحق على ما مر في الاقرار بالمجهول . وكذلك لو طلب احد تأجيل الدين او دفع بادائه او الابرائة عنه او انه قد احال المدعي بالدين على شخص ، ونحو ذلك . فان كلا من هؤلاء يتضمن الاقرار . وكذلك لو امر احد ان يكتب اقراره ، فان هذا الامر اقرار حكماً (م ١٦٠٧) فاذا اثبت المدعي ان المدعى عليه قد امر احداً ان يكتب اقراره بانه مدين للمدعي مبلغ كذا ، الزم المدعي عليه بذلك . اما طلب الصلح عن الدعوى فلا يتضمن الاقرار بالمدعى به لان الظاهر من طلب هذا الصلح هو التخلص من الخصومة ، والتفادي عن اليمين .

والثاني: كما لو طلب احد شراء المال الذي في يد شخص آخر، او استئجاره او استعارته ، او اتهابه ، او استيداعه ، فان هذا اعتراف بكون المال المذكور ليس للطالب ، وكذلك لو قال احد لآخر خذ هذا المال وديعة عندك فقبل هذا الايداع . وهل تتضمن هذه الصور من الامثلة كون المال المذكور ملك من كان المال في يده؟ اختلف الآراء ، بعد الاتفاق بانها تتضمن كون الطالب مقراً بان المال ليس له . ووجه الخلاف ان مجرد وجود المال في يد شخص قد يكون بطريق الوكالة بالبيع مثلا عن احد ، فطلب الشراء من صاحب اليد لا يقتضي اعتراف الطالب بكون المال ملكه . والظاهر من عبارة المجلة الميل الى عدم تضمن ذلك الاقرار كون المال ملك صاحب اليد ، لان المجلة اقتصرت على قولها « يكون قداقر بعدم كون المال له » اي للطالب (م١٥٨٣)

وثمرة الخلاف : هي انه على رأي من قال انه يتضمن الاعتراف

يكون المال لصاحب اليد ، ليس للمقران يدعي بذلك المال لنفسه ولا لغير صاحب اليد، بطريق الوكالة أو الوصاية ، لتحقق التناقض في دعواه . وعلى رأي من قال بعدم التضمن ليس له ان يدعي ذلك المال لنفسه ، لوجود التناقض حينئذ ولكن له ان يدعيه لغير صاحب اليد ، بطريق الوكالة او الوصاية مثلا، لعدم التناقض حينئذ .

٤ ـ ولا يصح تعليق الاقرار بالشرط المحتمل لان يوجد او لا يوجد، لان الاقرار اخبار وهو ينافي التعليق . وكذلك على القول بانه انشاء ، لان الاقرار على هذا القول يتضمن التمليك والتمليك لا يكون معلقاً . مثال ذلك لو قال احد لآخر اذا وصلت المحل الفلاني فانا مدين لك بكذا . ومثل ان يقول احد لآخر انا مدين لك بمائة درهم ان شاء الله . غير انه اذا علق الاقرار بزمان صالح لحلول الاجل في عرف الناس يعتبر الاقرار ويحمل التعليق الصوري على الاقرار بدين مؤجل، كما اذا قال احد لآخر اذا دخل شهر رمضان فانا مدين لك بمائة دينار ، فان هذا الكلام يحمل على الاقرار بدين مؤجل يحل عند دخول شهر رمضان ، لان حمل الكلام على الصحة اذا امكن اولى من ابطاله ، وقد امكن هنا بدلالة العرف . (١٥٨٤) .

ويلاحظ ان التعليق المبطل للاقرار هو التعليق بشرط معدوم يحتمل ان يوجد وان لا يوجد . فلو علق على شيء موجود وقت الاقرار ، كان الاقرار منجزاً حقيقة فيعتبر ، كما لو قال احد لاخيه : ان كنت اخي فاني مدين لك بالف درهم . وان علق على شيء محقق الوجود كالتعليق بالموت ، كان تنجيزاً أيضاً فيعتبر ، في الحال ، كما لو قال احد اذا مت فان لفلان علي ديناً مائة دينار

لان الموت لما كان محقق الوجود كان المقصود من الكلام هو الاقرار بوجود دين في ذمته والاشهاد على ذلك ، لئلا يبقى مجال للورثة في الانكار بعد موته . وانما حمل هذا الكلام على هذا المراد ، لان التعليقات في الاصل انما تكون على ما يحتمل ان يوجد والا يوجد . فالتعليق على الشيء المحقق وجوده لا يكون تعليقاً ، وتصرفات العاقل لا تلغى قدر الامكان . (م ١٥٨٤) .

٥ ـ ويصح الاقرار بالمشاع ، سواء كان قابلا للقسمة ام لا ، لان الاقرار اخبار ولا مانع عن الاخبار عن المشاع . فلو اقر احد لآخر بحصة شائعة من من ملك العقار الذي في يده ، كالنصف او الثلث ، ولم يرد المقر له الاقرار ثم توفى المقر قبل الافراز والتسليم ، لا يكون شيوع المقر به مانعاً لصحة هذا الاقرار . (م ١٥٨٥)

٦ ـ ويصح اقرار الاخرس فيما يخص المعاملات باشارته المعهودة ، او بكتابته ، وكذلك معتقل اللسان اذا استمر اعتقال لسانه الى الموت . فيصح اقراره بالاشارة ببيع او اجارة ، وهبة ونحوها ، ولو كان قادراً على الكتابة . ولا يصح اقراره في غير المعاملات كاقراره بالقذف ونحوه من الحدود ، لان الحدود تدرأ بالشبهات ، وفي الاشارة شبهة .

وتكون الاشارة باليد ، او بالرأس ، او بالعين ، او بالحاجب ،

واذا كان الحاكم عالماً ما ترمي اليه اشارة الاخرس فبها ، والاسأل اخوان الاخرس او اصدقاءه او جيرانه ، عما يقصد من تلك الاشارة .

اما الناطق فلا يعتبر اقراره بالاشارة ، لان الاشارة انما تعتبر عند العجز عن النطق .

٧ ـ يصح الاقرار بالولد بثلاثة شروط : الاول : ان يكون الولد مجهول النسب في البلد الذي ولد فيه ، او في البلد الذي اقيمت فيه الدعوى غير انه اذا تقرر كونه مجهول النسب وحكم بنسبه للمقر في البلد الذي اقيمت فيه الدعوى ولم تكن هي مولده ، فاذا ظهر شخص آخر وادعى الولد المذكور واثبت ذلك بالبينة ، يبطل الحكم الاول . وإذا تقرر كونه مجهول النسب وحكم بنسبه للمقر في البلد الذي قد ولد فيه ، لا يبطل ذلك الحكم لانه ، يعتبر حجة سارية على جميع الناس . والثاني : ان يكون المقر في سن يحتمل أن يولد مثل الولد لمثله . الثالث ان يصدقه الولد اذا كان مميزاً . اما اذا كان غير مميز ، فلا يتوقف على تصديقه .

٨ ـ و يصح الاقرار بالواليدين بالشروط الآنفة الذكر في الاقرار بالولد .

٩ ـ وبصح الاقرار بالاخ ، وبالعم ، و بابن الابن ، ونحو اولئك من الاقارب ، ولكن الاقرار يلزم المقر بخصوص المال ، ولا يثبت نسب المقر له ، لان في هذا الاقرار تحميل النسب على الغير ، والاقرار حجة قاصرة . فمتى توفي وترك ولدين مثلا فاعترفا لشخص بانه اخوهما ، فانه يرث معهما ، عملاً باقرارهما ، ولكن لا يثبت نسبه من ابيهما .

١٠ ـ ويصح الاقرار بالزوجية . بالشروط الآتية

الاول : الا تكون الزوجة المقر لها بالزوجية تحت نكاح غير المقر . الثاني الا تكون المقر لها من المحرمات الثالث : الا يكون تحت نكاح المقر من لا يجوز جمعه مع المقر لها الرابع : الا يكون تحت نكاح المقر اربع نسوة

ملاحظة :

لو تكرر الاقرار ، فاما ان يضاف الى سبب ، اولا . فان اضيف واتحد السبب في الاقرارين ، لزم دين واحد ، وان تعدد السبب تعدد الدين . وان لم يضف فاما ان يحرر بسند ، اولا ، فان حرر بسند واحد ، لزم دين واحد ، وان حرر بسندين ، لزم دينان ، وان لم يحرر بسند فان كان الاقرار الاول لا بحضور الحاكم والثاني بحضوره ، فالعبرة للثاني فقط ، وان كان كلاهما بحضور الحاكم وادعى المطلوب منه ان الدين واحد ، صدق . وان كان كلاهما لا بحضور الحاكم ، فان اشهد على كل اقرار شخصاً واحداً او اشهد على الاول واحداً وعلى الثاني اثنين ، لزم دين واحد ايضاً . وان اشهد على كل اقرار شاهدين فعند ابي حنيفة يلزم دينان ، وعندهما دين واحد . ورأى ابي حنيفة اقوم ، لان حمل الكلام على التأسيس هو الاصل ، فحمله على التأكيد عمل بخلاف الاصل .

- احكام الاقرار العامة -

الاحكام العامة للاقرار هي :

ا — ان المقر يلزم باقراره ، سواء كان مطابقاً لنفس الواقع ام لا ، الا اذا بطل باحد المبطلات التي سيأتي الكلام عليها التي من جملتها تكذيب المقر بحكم الحاكم ، فانه لا يبقى للاقرار حكم ولا يلزم المقر بشيء . (م١٥٨٧).
ويتفرع على هذا امور كثيرة منها

أ — لو أقر المشروط له الغلة في وقت بانه ليس هو المستحق لها ، بل

فلان ، يلزم باقراره فلا يستحق شيئاً بل تـكون للمقر له اذا لم يرد الاقرار، واذا رد تـكون للفقراء .

ب — لو اقر الوارث المعروف لآخر بالارث معه الزم باقراره ، كما لو توفى احد عن ابن ، فاقر هذا الشخص بانه اخوه ، فانه يشاركه في الارث عملا بالاقرار ، ولا يثبت نسبه من المتوفى بمجرد هذا الاقرار . فالمقر في هذين المثالين الزم باقراره وان لم يثبت كونه مطابقاً لنفس الواقع .

٢ — لا يصح الرجوع عن الاقرار في حقوق العباد، فاذا أقر احد لآخر بقوله لفلان علي كذا ديناً ثم رجع عن اقراره ، لا يعتبر رجوعه ويلزم باقراره . لان الاقرار الزام حق ، والرجوع عن ذلك تناقض ، فلا عبرة به ، ومن جهة اخرى ، ان المقر باقراره قد اتم امراً ، ومن سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه . وانما قلنا في « حقوق العباد » لان الرجوع في حقوق الله معتبر فمن اقر بالزنا ثم رجع عن اقراره ، لا يحد ، لان الحدود تدرأ بالشبهات والرجوع يوجب شبهة في الاقرار ، و يتفرع على هذا الحـكم امثلة كثيرة منها :

أ — من تحاسب مع الصراف الذي له معه اخذ وعطاء ، واعترف بنتيجة المحاسبة انه قد بقي بذمته عشرون ديناراً مثلا ، فليس له بعد ذلك اعادة الحساب ونقض اقراره.

ب — لو تحاسب الشركاء فيما بينهم وتبين في النتيجة ان بذمة احدهم مبلغاً معيناً لشركائه ، فاعطى بذلك سنداً ، فليس له بعد ذلك ادعاء الخطأ في الحساب والامتناع عن دفع مضمون السند وطلب اعادة الحساب ، بلي

يلزم باقراره . نعم اذا رضي الشركاء بالحساب ألذي أجرته لجنة ظناً منهم صحة الحساب الواقع ، فاذا تبين عند المحاسبة مجدداً ان الحساب ألاول خطأ ، فانه يلزم الرجوع الى الصواب، ولا يمنع عن ذلك رضاء الشركاء الواقع على الحساب الاول . (م ١٥٨٨)

٣ — ان دعوى الكذب في الاقرار مسموعة قبل لحوق الحكم بناء على الاقرار ، وكذلك دعوى الهزل والتلجئة ، ولكن لا يطلب قبول دعوى الكذب سوى حق توجيه اليمين الى المقر له بان المقر ليس يكاذب في اقراره . والسبب في قبول هذا الحكم هو ان العادة جارية كثيراً بان الشخص قد يقر على نفسه بشيء على اعتبار ان ما يقر به سيقع ، فقد يقر المستقرض مثلاً بالقرض قبل قبضه المقروض ، وقد لا يقبضه بعد صدور ذلك الاقرار منه .

اما اذا لحق الاقرار حكم ، فلا تسمع بعده دعوى الكذب او الهزل ، او التلجئة . ويتفرع على هذا الحكم مسائل كثيرة منها :

أ — لو اعطى احد سنداً لآخر يتضمن اعترافه بانه قد استقرض منه كذا درهما ثم قال وان كنت اعطيت هذا السند لكنني ما اخذت المبلغ المذكور منه ، يحلف المقر له بعدم كون المقر كاذباً باقراره في السند المذكور

ب — من اشترى مالا من احد واقر بانه قد رأى المال المذكور حين شرائه، ثم ادعى الكذب بالاقرار وطلب الرد بخيار الرؤية ، فان البائع يحلف بعدم كذب المشتري في اقراره المذكور .

ج — اذا ادعى الورثة كذب اقرار مورثهم فان المقر له يحلف بعدم كذب المتوفى في اقراره المذكور .

د — لو اقر احد لآخر بمبلغ ثم جرى بينهم ابراء عام ثم مات المقر ، فادعى وصيه الكذب في اقراره ، فان المقر له يحلف بعدم كذب المقر في اقراره المذكور ، ولا يمنع عن ذلك الابراء العام لان الوصي في هذه الصورة يدعى عدم لزوم شي على المتوفي ، وهذا لا ينافي الابراء العام الواقع ، لكن لو كان المقر قد سلم المقر به الى المقر له بعد الابراء العام ، فليس للوصي ان يحلف المقر له بعدم الكذب في الاقرار ، لانه في هذه الصورة يريد استرداد المقر والابراء العام ينافي ذلك ، حتى ان نفس المقر ليس له هذا الحق في هذه الصورة ، كما ذكرناه . (م ١٥٨٩) .

٤ — ان حق قبض المقر به انما هو للمقر له حتى ان المقر له لو اقر بان المقر به هو لغير فلان وصدقه هذا ، فان المقر به يكون للمقر له الثاني ، عملا بالاقرار الثاني ، ولكن حق قبضه من المقر الاول يبقى للمقر له الاول . مثلا لو اقر زيد لعمر بان له في ذمته كذا درهما ، او ان عنده الشيء الفلاني وديعة وقال عمرو ان الدين المذكور ، او الوديعة المذكورة ليست له وانما هي لخالد ، فان المقر به يكون لخالد ، ولكن حق قبضه من زيد يكون لعمرو ، فلا يجبر المقر الاول زيد على اداء المقر به إلى المقر له الثاني خالد لو طالبه بذلك . لان كون خالد قد اصبح مالكا للمقر به لا يستلزم ان له حق قبضه من المقر الاول الا ترى ان الوكيل بالبيع هو الذي له حق المطالبة بالثمن لا لموكله مع ان الموكل هو المالك للبيع . والسبب في الصورتين هو ان الرابطة القانونية قد تكونت بين زيد وعمر باقرار عمرو ، ثم تكونت رابطة قانونية اخرى بين عمرو وخالد لسبب اقرار عمرو ، فلا رابطة قانونية بين زيد وخالد ، اذ لم

يصدر اقرار من زيد لخالد . وكذلك الحال في الوكيل بالبيع فان الرابطة القانونية وهو العقد، انما تكونت بين البائع والمشتري . نعم لو سلم المقر الاول زيد المقر به إلى المقر له الثاني خالد صح التسليم ، وكذلك لو سلم المشتري الثمن للموكل في مسألة الوكيل بالبيع . لان التسليم قد وقع في محله فلا يبطل وتبرأ ذمة المقر الاول في مسألة الاقرار ، وذمة المشتري في مسألة البيع .

— نفى الملك والاسم المستعار —

المراد من نفى الملك هو اقرار احد لآخر بنفي ملكية شيء عن نفسه واعترافه بكونها لغيره ، أي أعترافه بان الشيء المعروف ظاهراً له انما هو لشخص معين غيره .

والمراد من الاسم المستعار هنا هو اعتراف احد بان ما هو مقيد في الوثائق التحريرية باسمه انما هو لشخص معين غيره .

فنفى الملك اعم والاسم المستعار أخص. اي أن ما يعرف هنا بالاسم المستعار من المسائل انما هو نوع من انواع نفى الملك . وانما قلنا « هنا » لان للاسم المستعار الوارد ذكره في قانون تصرف الاموال غير المنقوله معنى آخر . وهو ان يدعي احد على آخر بان العقار الفلاني المقيد باسم المدعى عليه ليس له وانما هو ملكه اي ملك المدعي وان ذكر اسم المدعى عليه في سند التملك وسجلات الطابو مستعار لا حقيقه . وهذا النوع من الاسم المستعار منع القانون المذكور استماع الدعوى بخصوصه .

ويشترط لاعتبار نفى الملك الا يضيف في اقراره المقر به الى نفسه اضافة

تملك تحقيقاً أو تقديراً ، فانه إذا اقر به بهذه الصورة، يكون الاقرار انشاء هبة إذا لا يمكن حينئذ حمل الاقرار على الاخبار لانه يمتنع ان يكون الشيء الذي هو ملك المقر، ملكا للمقر له في الواقع والحقيقة ، فالخبر يعتبر كاذباً ، فيتعين حمل الاقرار على انشاء الهبة ، فلا تتم ملكية المقر له للمقر به في هذه الصورة الا بالقبض حتى لو مات المقر قبل القبض ، لا يبقى حكم للاقرار الواقع . بخلاف ما اذا لم يضف المقر المقر به الى نفسه اضافة تملك ، فانه حينئذ يكون اخباراً محضاً بكون المقر له هو المالك للمقر به في الواقع ونفس الامر، فاذا مات احدهما قبل القبض فان الاقرار لا يتغير حكمه ، ويعتبر المقر به ملكا للمقر له . مثلا لو قال احد ان جميع اموالي واشيائي التي في يدي هي لفلان وليس لي فيها علاقة يكون حينئذ قد وهب جميع امواله لفلان . وان قال ان جميع الاموال والاشياء التي نسبت لي هي لفلان وليس لي فيها علاقة يكون قد نفى ملكيته عن جميع الاشياء والاموال المنسوية اليه وابان بانها ملك فلان . وكذلك لو قال ان جميع الاموال التي هي في دكاني هذا لابني الكبير يكون قد وهبه اشياءه وامواله التي هي في الدكان في ذلك الوقت، فلا تتم لابنه الكبير ملكية تلك الاشياء الا بقبضه اياها ، اما لو قال « لابني الصغير » فان الهبة تتم . بمجرد هذا القول . لان هذه العبارة من ولي الصغير تتضمن الايجاب والقبول ، وبما ان قبض الولي قائم مقام قبض الصغير فيعتبر ان القبض متحقق ايضاً ، فتتم الهبة . ولو قال ان جميع الاموال التي هي في دكاني هذا هي لابنى فلان وليس لي علاقة بها ، يكون قد نفى ملكية الاموال المذكوره عن نفسه وبين انها ملك ابنه فلان . وعلى هذه الامثلة القياس .

وهذه امثلة للاضافة التحقيقية. اما التقديريه فهي ان يكون المال المقر به معروفاً بين الناس ومشهوراً بكونه ملك المقر. فانه المقر حينئذ وان لم يضف المال الى نفسه يعتبر كانه اضافه اليه تقديرا فيكون الاقرار هبة. ولا نكتفي للشهرة معرفة شخصين أو ثلاث ذلك بل ينبغي ان تكون الشهرة مستفيضة بين أهل البلد أو المدينة أو الحارة التي يسكنها المقر.

ولـكن يلاحظ أن الاقرار سواء تضمن نفي الملك أو هبة لا يشمل غيرما واقع ألاقرار بخصوصه، فاذا قال أن جميع الاموال المنسوبة لي هي لفلان، يكون قوله نفياً للملك عن جميع ألاموال الموجودة والمنسوبة اليه وقت ألاقرار ولا يشمل ما يتحصل له بعد ذلك وكذلك لو قال ان جميع ألاموال الموجودة في دكاني هذا هي لفلان او هي لابني فلان، فانه يشمل ألاموال الموجودة وقت ألاقرار في الدكان، ولا يشمل ما وضع من ألاموال في الدكان بعد ذلك. وكذلك ألحال من حيث الشمول في صور إعتبار ألاقرار هبة.

وانما قلنا في صدر الـكلام. «إضافة تملك» لان ألاضافة إذا كانت لمجرد النسبة فان ألاقرار يعتبر نفي ملك وذلك كما لو قال أن جميع أموالي التي تنسب إلي هي في ألحقيقة ملك فلان فان قوله «التي تنسب إلي» وقوله «هي في ألحقيقة» تفسير صريح بان ألاضافة في «أموالي» لمجرد النسبة. (م ١٥٩١).

وإذا قال أحد أن الدكان ألذي في يدي وتحت تصرفي بسند إنه ملك فلان، وألاسم المحرر في السند هو مستعار، أو قال في دكان مملوك إشتراه من آخر. أنى كنت قد إشتريته لفلان. والدراهم التي أعطيتها من ثمنه هي

ماله أيضاً ، والاسم المحرر في السند قيد مستعارا ، يكون قد اقر بان الدكان ملك فلان في نفس الامر ، وكذلك إذا قال أن الدين الذي في ذمة فلان بموجب سند وهو كذا درهما وإن كان قد تحرر باسمي ، فانه لفلان واسمي الذي تحرر في السند هو مستعار يكون قد أقر بان المبلغ المذكور هو في نفس الامر حق فلان. وكذلك لو أقر بان الوديعة الفلانية التي أودعتها زيداً أو الرهن الفلاني الذي رهنته في يده هو في الحقيقة لخالد، يكون ذلك إقراراً بان الوديعة أو الرهن ملك خالد في الواقع ونفس الامر . (م ١٥٩٢ و ١٥٩٣)

ويلاحظ ان نفي الملك لا يجرى في الاراضي الاميرية ولا في المستغلات الموقوفة ذات الاجارتين : وذلك لان الاقرار إذا أعتبر أنشاء كان فراغاً، وفي الفراغ لابد من إذن صاحب الارض ، وإن كان أخباراً فان ظاهر الحال يكذب الاقرار الواقع فان التصرف الظاهري من قبل المقر في الارض الاميرية أوفي المستغل ذي الاجارتين مكذب للاقرار ، وقد سبق أن من جملة شروط أعتبار الاقرار الا يكذبه الظاهر . فالحاكم عليه إلا يغفل عن هذه الجهة في الاقرارات التي يستند اليها المدعي .

— اقرار المريض مرض الموت —

مرض الموت هو المرض الذي يخشى منه الموت غالباً و يعجز المريض عن رؤية مصالحه الخارجية عن داره إن كان من الذكور ، أو الداخلة في داره إن كان من الأناث . ويموت به المريض على تلك الحالة قبل مرور سنة ، وإن لم يكن طريح الفراش . فاذا أستمر بالمريض أكثر من سنة على حالة

واحدة دون تغيير فانه لا يعد مرض موت وان مات به المريض وذلك كالفلج. اذا استمر بالمريض اكثر من سنة ، ولكن بتغير فانه يعتبر مرض موت اعتباراً من اشتداده . فلا يتحقق مرض الموت الا بثلاثة شروط :

١ — كون المرض يخشى منه الموت في الغالب

٢ — ان تزول قدرة المريض بسبب المرض عن ايفائه مصالحه

٣ — ان يموت بذلك المرض قبل مرور سنة من ابتدائه أو من حالة اشتداده .

ووجه تخصيص العجز بالمصالح الخارجية بالنظر الى الذكور ، وبالمصالح الداخلة في الدار نظراً الى الاناث ، انما هو بالنظر الى المعتاد الغالب ، فان الغالب في النساء هو اشتغالهن في امور البيت فقط ، وفي الرجال هو الاشتغال بامور خارجة عن الامور البيتية . والا فان الظاهر ان ينظر في ذلك الى الشخص بالنسبة لعمله ، فقد تكون مصلحة الرجل الطبخ في البيوت كالطباخين ، وقد تكون مصلحة المرأة خارج بيتها كالمعلمة والمحترفة ، فينبغي ان يراعى في امر العجز ، العجز عن المصلحة المرتبط بها المريض .

ولتصرفات المريض مرض الموت احكام خاصة ، فان الشرع والقانون

قد راعيا في تصرفاته جانب الورثة والدائنين قدر الامكان. ولم يفسحا له المجال ان يتصرف كيفما يشاء . وقد بحثت المجلة عن احكام بيعه بفصل خاص في كتاب البيوع ، وعن هبته بفصل خاص في كتاب الهبة ، وعن اقراره بفصل خاص في كتاب الاقرار وكان الاجدر بها ان تفرد باباً خاصاً في جميع تصرفاته فان لاجارته وكفالته ورهنه احكاماً خاصة أيضاً .

ان ثلاثة : انواع من اقرارات المريض غير معتبرة بدون الاجازة .

١ — اقراره بدين أو عين للوارث (م ١٥٩٨) .

٢ — اقراره باستيفائه الدين أو المهر من الوارث (م ١٦٠٠) .

٣ — اقراره باستيفائه ديناً على اجنبي كفيله احد الورثة. فان هذا الاقرار لايؤثر بحق الكفيل الوارث ، فلسائر الورثة مطالبتة بدين مورثهم قدر حصصهم .

احكام اقرار المريض .

المريض مرض الموت لا يخلو من ثلاث حالات .

١ — الا يكون له وارث اصلا .

٢ — ان يكون له وارث لا يتصور ان يحوز جميع التركة ارثاً . وهو الوارث الذي لايرد عليه وهو الزوج والزوجة .

٣ — ان يكون له وارث قد يحوز جميع التركة كالعصبة واصحاب الفروض غير الزوج والزوجة .

ثم ان اقراره اما ان يكون لاجنبي او لوارث . فاقراره لاجنبي بدين اوعين مضمونة او غير مضمونة صحيح ، وان احاط بجميع امواله ، ولا يتوقف على اجازة الورثة . و يستوفي الاجنبي دينه من جميع اموال التركة ، بعد تحليفه يمين الاستظهار .

غير انه اذا ظهر كذبه في اقراره بان كان من المعلوم وقت الاقرار ، انه مالك للمقر به ارثاً او بسبب البيع اليه ، او هبته له ، لا يعتبر اقراره ، لان من شروط صحة الاقرار الا يكذبه الظاهر - انظر المادة (١٥٧٧) - وحينئذ

ينظر فان كان هذا الاقرار قد صدر في اثناء المذاكرة بالوصية ، يعد وصية فلا يعتبر الا من الثلث. وان لم يكن في اثناء المذاكرة بالوصية ، يعتبرهذا الاقرار هبة فلا يتم الا بالتسليم حتى لو مات هذا المقر قبل التسليم لا يبقى حكم للاقرار من كل وجه ، واذا حصل التسليم فان هذه الهبة تعتبر من الثلث ، لان الهبة في مرض الموت تتقيد بالثلث ، الا اذا اجاز الورثة فيما زاد على الثلث . والسبب في اعتبار هذا الاقرار الذى ظهر كذبه ، وصية او هبة ، هو ان كلام العاقل يحمل على الاعمال قدر الامكان انظر المادة ٦٠ - . (م ١٦٠١) .

وان أقر لاحد ورثته بعين أو دين ثم مات يكون اقراره موقوفاً على اجازة باقي الورثة فان أجازوه كان معتبراً ، و إلا فلا ، وان أجازه بعضهم ، اعتبر في مقدار نصيبه من المقر به .

و إذا أقر المريض لوارث وأجنبي كما لو أقر بان عليه الف درهم ديناً مشتركا لابنه فلان ولفلان الاجنبي ، فحكمه حكم الاقرار لوارث يتوقف على إجازة سائر الورثة ، ولا يعتبر في بعض دون بعض ، لوجود المانع والمقتضي وهو الوارث والاجنبي ، و إذا اجتمع المانع والمقتضي يرجح المانع .

و يستثنى من عدم اعتبار الاقرار للوارث أربعة أنواع :

١ — إذا كان الورثة قد صدقوا المقر ، في حال حياته . فان هذا الاقرار يكون معتبراً ، وليس لهم الرجوع عن تصديقهم ، لان تصديقهم ، إقرار فيلزمون باقرارهم ، ولا يصح الرجوع عن الاقرار .

٢ — لو أقر بانه قد قبض الامانة التي له عند وارثه ، أو انه قد استهلك الامانة التي كانت عنده لوارثه فان اقراره معتبر ، مثلا لو أقر أحد في مرض

موته بقوله أخذت أمانتي التي أودعتها عند ابني فلان يصح اقراره و يكون معتبراً ، وكذلك لو قال ان ابني فلاناً قد أخذ طلبي الذي هو على فلان بالوكالة عني وسلمه لي يكون اقراره معتبراً . والسبب في هذا الاعتبار هو انه على فرض عدم الاقرار ، لو ادعى الوارث الذي كانت لديه أمانة مورثه بانه كان قد رد الامانة الى المورث وانكر سائر الورثة ذلك ، كان القول قوله لانه أمين والامين مصدق بقوله ، فلا فائدة من عدم اعتبار الاقرار في هذه الصورة . وكذلك لو قال المورث قد بعت خاتم ألماس الذي كان وديعة أو عارية عندي لابني فلان يكون اقراره معتبراً و يلزم تضمين التركة قيمة الخاتم يوم بيعه ، حتى انه لو قال كنت بعته بالف درهم لا يلاحظ في التضمين هذا المقدار ، بل القيمة يوم البيع ، و إذا لم يعلم يوم البيع . فالظاهر يقتضي أن يضمن قيمته قبيل يوم اقراره لانه يعتبر مستهلكا له قبيل الاقرار . ولكن يلاحظ ان هذا الاقرار إنما يعتبر إذا كان الورثة يعترفون بانه كان للمقر له أمانة بيد مورثهم ، أما إذا كانوا منكرين فلا يعتبر الاقرار ما لم يثبت المقر له بالبينة تسليمه الامانة المذكورة الى مورثه .

والسبب في اعتبار الاقرار باستهلاك الامانة ، هو ان الامانة الثابت كونها عند المورث إذا لم تظهر في التركة ، كان المورث مجهلا ، والوديع إذا جهل الامانة فانها تضمن من التركة - أنظر المادة ٨٠١ - فكان اعتبار الاقرار لا يزيد شيئاً على الحكم الواقع .

٣ - إذا أقر المريض لزوجته بمهر فانه يصدق في مقدار مهر المثل ، لان وجوب المهر لازم بالنكاح .

٤ — الاقرار بصورة النفي ، فلو قال المريض لا حق لي قبل فلان الوارث ، كان اقراره معتبراً ، فلا تسمع على المقر له دعوى من قبل سائر الورثة في حق يعود الى المورث . وكذلك لو قالت المريضة لا مهر لي على زوجي صح الاقرار (م ١٥٩٨) .

والمراد من الوارث هنا هو من قام به سبب الارث وقت الاقرار وكان وارثاً بالفعل بعد الموت . فلو أقر لاجنبية في مرض الموت ثم تزوجها ثم مات فان اقراره معتبر ، لان سبب الارث وهو الزوجية لم يكن قائماً في المقر له وقت الاقرار . ولو أقر لاحد اخوته الاشقاء وكان له ابن ثم مات الابن قبل المقر ، فأصبح الاخوة وارثين ، لا يعتبر الاقرار لان سبب الارث كان قائماً في المقر له ، وهو الاخوة وصار المقر له وارثاً بالفعل بعد الموت . وكذلك لو أقر المريض لاخيه غير المسلم ، ثم أسلم قبل موت المقر ، ثم مات المقر ، فان الاقرار لا يعتبر ، لان سبب الارث كان قائماً في المقر له وقت الاقرار ، وهو الاخوة وقد صار وارثا بالفعل . (م ١٥٩٩) .

الحكم في ايفاء ديون الصحة وديون المرض .

الدين ما ثبت من المال في الذمة . بسبب من الاسباب الموجبة له وهي : العقود كالبيع والاجارة والقرض والكفالة والحوالة والزواج والخلع ونحوها . والافعال ، كالغصب ، واستهلاك اموال الغير بالتعدى . والنصوص كالنفقات فانها تكون ديناً فى ذمة من وجبت عليه بحكم النص الشرعي ، وكالفائض النظامي المترتب من تاريخ الانذار او من تاريخ استدعاء الدعوى فانه يكون

في ذمة المدين بحكم القانون . والاقرار ، كالدين الذي يثبت في ذمة المقر لسبب اقراره في الصحة . او في مرض الموت . والاسباب الثلاثة الاولى اسباب حقيقية لثبوت الدين ، واما الرابع وهو الاقرار فهو في الحقيقة مظهر لوجود دين في ذمة المقر خفي سببه الحقيقي على غير المقر .

والديون بانواعها اما ان تثبت في الذمة حال الصحة واما ان تثبت في حال المرض مرض الموت .

فالدين الثابت في الذمة حال الصحة ، والدين الثابت في الذمة حال المرض لسبب من الاسباب الثلاثة الحقيقية، بقوة واحدة ، فلا يمتاز بعضها على بعض . فغرماء الصحة وغرماء المرض هنا في الايفاء سواء . والدين الثابت في الذمة حال المرض ، بالاقرار اضعف من الدين الثابت حال المرض مهما كان سببه ، اي سواء كان سببه عقد او فعل او نص او اقرار . فدين الصحة هنا يمتاز على دين المرض ، وغرماء الصحة يقدمون في الايفاء على غرماء المرض الثابت دينهم بمجرد الاقرار .

وحكم الاقرار بالعين في مرض الموت كحكم الاقرار فيه بالدين ، اي ان المريض مرض الموت اذا اقر بعين لاحد ، فان المقر له لا ياخذ تلك العين المقر بها ، الا بعد ايفاء ديون الصحة فان لم تف التركة بديون الصحة لا ياخذ شيئاً .

والحاصل ان الدين الثابت بالاقرار في مرض الموت ، مؤخر في الايفاء عن سائر ديون الصحة . فستوفي اولا ديون الصحة من تركة المريض ثم ان بقيت فضلة في التركة تؤدي منها الديون الثابتة بالاقرار في مرض الموت . واما الديون الثابتة في مرض الموت بغير الاقرار ، اي الثابتة بسبب من الاسباب الثلاثة

وهي العقود والأفعال – الغصب والاتلاف – والنصوص ، فهي وديون الصحة سواء لا امتياز بينهما فستوفى من التركة سوية . وان لم تف التركة بالجميع فانها تقسم غرامة . (م ١٦٠٢) .

ومن حيث ان الاقرار في مرض الموت يضعف بالنظر الى الدائنين الثابتة ديونهم في الصحة ، أو الثابتة ديونهم في مرض الموت بغير الاقرار ، فانه إذا أقر المريض مرض الموت بانه قد استوفى طلبه الذي في ذمة أجنبي ، فان كان هذا الدين قد تعلق بذمة الاجنبي حال المرض ، فلا ينفذ هذا الاقرار في حق غرماء الصحة ، وغرماء المرض الثابتة ديونهم بسبب غير الاقرار . بل يتوقف على اجازتهم إن كانت التركة مستغرقة بديونهم . فان لم تكن التركة مستغرقة بديونهم ، بل كانت التركة القائمة وافية بها فانهم يستوفون ديونهم من التركة القائمة ، و ينفذ الاقرار بدون توقف على اجازتهم . وان كان هذا الدين قد تعلق في ذمة الاجنبي حال الصحة ، فان الاقرار ينفذ مطلقاً ولا يتوقف على إجازة أحد سواء كانت التركة مستغرقة بالديون أم لا . مثلا لو أقر المريض بانه قبض عن المال الذي باعه حال مرضه فانه لا ينفذ في حق غرماء الصحة ومن في حكمهم . وان باع مالا في حال صحته وأقر بقبض ثمنه في مرض موته ، فانه ينفذ مطلقاً ، وليس لغرماء الصحة ومن في حكمهم الا يعتبروا ذلك . ووجه الفرق بين المسألتين هو ان حق الغرماء قد انتقل من ذمة مدينهم وتعلق باعيان التركة ، عند ما وقع مدينهم في مرض الموت ، فاذا باع منها شيئاً وهو مريض ولم يثبت قبضه الثمن بغير اقراره يكون قد أتلف حق غرماء الصحة فلا ينفذ

اقراره عليهم . أما إذا كان قد باع شيئاً من أمواله حال صحته وأقر حال مرضه بقبضه الثمن ، فانه لا يكون قد أتلف حق غرماء الصحة ، لان حقهم كان حال صحته ثابتاً في ذمته ، لا متعلقاً باعيان أمواله فاذا كان قد باع شيئاً منها وهو صحيح فانه لا يكون قد أتلف حق غرمائه . (م ١٦٠٣) .

وليس للمريض مرض الموت ان يرجح بعض دائنيه على بعض في الايفاء .

فلو ادى دين بعض دائنيه، وهو مريض، لا تبطل حقوق سائر دائنيه في المقدار الذي اداه ، بل اذا كانت التركة غير وافية بديونهم فلهم الرجوع على الدائن القابض لدينه بمقدار ما يصيبهم مما قبض، غرامة . مثلا لو كان المريض قد ادى الف درهم لاحد دائنيه ثم مات ، ولم تف تركته بديون الدائنين الآخرين فانهم يرجعون على الدائن الذي قبض الف درهم و يقتسمونها بين الجميع غرامة و يستثنى من ذلك بدل القرض الذي استقرضه المريض حال مرضه ، و بدل المبيع الذي اشتراه وهو مريض ، وأجرة المسكن الذي استأجره وهو مريض ، وثمن الادوية ، وثمن الالبسة التي اشتراها لنفسه وهو مريض . فان الدائن إذا قبضها ، فليس لغيره من الدائنين أن يشاركوه فيما قبض . ولكن يشترط لذلك شرطان : الاول أن يثبت القرض أو البيع مثلا بالبينة . الثاني : أن يكون البدل بدل المثل ، فان كان زائداً ، كان الزائد بحكم الوصية . فيطبق عليه ما يطبق على الوصية . (م ١٦٠٤) .

ويلاحظ ان كفالة المريض مرض الموت بمال ، بحكم الدين الاصلي .

و يترتب على ذلك :

١ — اذا تكفل المريض بالدين الذي لوارثه على احد ، او تكفل بالدين الذي لاحد على وارثه ، فان دين هذه الكفالة لا يكون نافذاً ، بل يتوقف على اجازة سائر الورثة ، لانه بحكم الوصية للوارث. فليس للمكفول له ان يستوفي الدين من التركة اذا لم يجز الورثة ذلك .

٢ — اذا كفل المريض لاجنبي اي غير وارث ، يعتبر المكفول به من ثلث ماله فان كانت التركة مستغرقة بالديون ، تبطل الكفالة وان كانت غير مستغرقة ،فان كانت الكفالة تخرج من ثلث ما بقي بعد ايفاء الديون ، صحت كلها ، والا فبقدر الثلث .

٣ —اذا اقر احد في مرض موته بانه كان قد كفل لاجنبي في حال صحته ، فان اقراره صحيح معتبر من جميع ماله ، كما لو اقر بمال لاجنبي على ما مر بيانه سابقاً . غير انه ان وجدت ديون الصحة او ما في حكمها فانها تقدم ، كما هو الحال في تقديم سائر ديون الصحة على ديون المرض الثابتة بالاقرار . (م ١٦٠٥) .

الاقرار بالكتابة

الاقرار بالكتابة كالاقرار باللسان ، لان الكتابة كالخطاب . فيترتب عليه ما يترتب على الاقرار باللسان (١٦٠٦) .

وهنا ثلاثة أصول :

الاول : لا يعتمد على خط فيه شائبة التزوير ، ولا يكون مداراً للحكم .

ويتفرع على هذا :

١ — لا يعمل بمجرد الخط والختم ، لكن إذا سلما من شائبة التزوير فانه يعمل بهما . وسيأتي الكلام على هذا في المادة (١٧٣٦) .

٢ — لا يعمل بمجرد الوقفية وسيأتي الكلام على ذلك في المادة (١٧٣٩).

٣ — لا يعمل بالاعلامات التي ليس لها أصل في السجلات المعتبرة في المحكمة .

الثاني : الخط البريء من شائبة التزوير والتصنيع، يعمل به ويكون مداراً للحكم . ويتفرع على هذا :

١ — يعمل بالوقفيات المسجلة في السجلات المعتبرة في المحاكم . أنظر المادة (١٧٣٩) .

٢ — يعمل بسجلات المحاكم المنظمة بصورة سالمة من الفساد والحيلة . أنظر المادة (١٧٣٨) .

٣ — يعمل بالمراسيم « الفرامين » السلطانية والدفاتر الخاقانية لسلامتها من التزوير . أنظر المادة (١٧٣٧)

٤ — يعمل بقيود وسندات الطابو ، ما لم يحكم ببطلانها .

٥ — ان دفاتر التجار (بما فيهم الصراف والسمسار) المعتمد بها ، هي من قبيل الاقرار بالكتابة ، ولو لم تكن بشكل سند موافق للرسم والعادة ، لان التاجر لا يثبت في دفاتره الا ما كان له أو عليه ، فهو ملزم بما يثبته في دفاتره عليه ، أخذا باقراره ، ولكن لا يكون ما في دفتره حجة له على غيره ، لانه لو ادعاه بلسانه صريحاً لا يؤخذ خصمه به فكيف إذا كتبه .

وإنما اشترط في الدفتر أن يكون معتمداً به أي خالياً من احتمال التزوير ،

للاحتراز من الدفتر الذي لم يخل من ذلك ، كما لو كان الدفتر بيد كاتب التاجر ، فاذا انكر التاجر أو وارثه ما دونه الكاتب عليه في دفتره فان الدفتر المذكور لا يعمل به لوجود شبهة التزوير من الكاتب . غير ان مثل هذا الدفتر إذا كان مؤشراً عليه بمصادقة التاجر أو وكيله ، كان حجة عليه ولا يسمع انكاره ، لان احتمال تزوير الكاتب مندفع بتلك المصادقة . على اني أرى ان اعتبار مثل هذا الدفتر — أي الذي هو بيد الكاتب وليس فيه إشارة المصادقة — أو عدم اعتباره ينبغي أن يناط بتقدير المحكمة ، نظراً للظروف والاحوال . (م ١٦٠٨)

ويلاحظ ان بعض التجار عند ما يجري معاملة مع أحد يقيدها في الدفتر الذي هو في يد المتعامل معه ، مثلا إن زيداً التاجر إذا أخذ مبلغاً من خالد الصراف يسجل ذلك بخطه في الدفتر المحفوظ بيد خالد . فاذا اعترف زيد بان الخط خطه في مبلغ مقيد في دفتر خالد ، فانه يلزم بالمبلغ المذكور .

الاصل الثالث : ان الامر بكتابة الاقرار هو اقرار حكما . فاذا أمر أحد كاتباً بقوله اكتب لي سنداً يتضمن اني مدين لفلان بكذا درهما فكتب الكاتب ذلك ووضع الآمر فيه أمضاءه أو ختمه ، يكون ذلك قراراً بالكتابة كالسند الذي كتبه بخط يده .

واذا أمر أحد كاتباً أن يكتب اقراره على الوجه السابق فلم يكتب فهل يلزم الآمر بذلك ؟ نعم لانه اقرار حكما ، ولكن يراعى في ذلك الحكم المتعلق بالاقرار خارج المحكمة إذا كان هذا الامر قد وقع خارج مجلس القضاء . (م ١٦٠٨) ويتفرع على ما سبق تقريره :

أولا : انه إذا كتب أحد سنداً أو استكتبه وأعطاه لاحد ممضياً أو مختوماً ، يكون معتبراً ومرعياً كتقريره الشفهي ، لانه اقرار بالكتابة . ولكن يشترط في السند الذي يتمسك به الخصم أن يكون موافقاً للرسم والعادة ، في نوع ذلك السند . فالعادة في سندات الديون مثلا ان تنظم في ورقة يكتب فيها اسم الدائن وشهرته ومقدار الدين وأن يؤرخ السند ويوضع في ذيله امضاء المدين او ختمه ، وفي وصولات القبض ان يكتب اسم الدافع والمقدار الذي دفعه وأن يؤرخ ، ويوضع في ذيله امضاء القابض أو ختمه . وهكذا في سائر السندات يلزم أن يراعي فيها الرسم المعتاد في مثلها . فلو كتب مثل ما سبق على ورقة شجرة أو على حجارة مثلا ، أو لم يذكر اسم الدائن أو لم يوضع في ذيله امضاء المدين أو ختمه ، فلا عبرة به . أما لو اغفل التاريخ فالظاهر الا يؤثر على اعتبار السند ، لان عدم ذكر التاريخ لا ينفي صحة الاقرار . الا انه قد يفتح مجالا للاخذ والرد في المرافعة ، على أن المتمسك به في استطاعته ان يضع في السند تاريخاً قبل ابرازه . (م ١٦٠٩) . والظاهر من اطلاق هذه المادة ان السند المذكور يعمل به مطلقاً بلا حاجة الى دليل آخر ، وفي ذلك شيء من البعد عن الصواب . و بيان ذلك انه يحتمل في السند اربع صور :

١ — ان يكون الخط في السند خط المدين والامضاء امضاءه

٢ — ان يكون الخط خطه ومختوماً بختمه

٣ — ان يكون الخط خط غير المدين ولكنه ممضى بامضاء المدين

وفي هذه الصور الثلاث يعمل في السند لخلوه من شائبة التزوير

٤ — ان يكون الخط خط غير المدين الا انه مختوم بختمه . فالاقرب الى الصواب ان المدين اذا اعترف بان الختم ختمه وانكر كونه قد وقع به على السند ان يسمع قوله والا يعتبر السند الا اذا قام الخصم البينة على ان المدعى عليه قد ختم السند بنفسه او انه امر احداً ان يختمه عنه ، لان مثل هذا السند لا يخلو من شائبة الزوير ، اذا قد يسلم الانسان ختمه الى غيره لامانته منه ، وقد يضعه في بيته فيختم به من يقع في يده ، كما انه من السهل ان يحك احد مثله ويختم به . ونظير هذا ايضاً ان السند اذا كتب بلغة لا يعرفها من وقع في ذيله بامضائه او بختمه ، وادعى انه لم يكن عارفاً بمضمون السند المذكور فانه لا بد لمبرز السند ان يثبت ان الموقع عليه قد قرئ عليه السند وفهم معناه وما تضمنه وبعد ان وقف على مضمونه ومآله وقع عليه . فاذا لم يثبت ذلك لا يعتبر السند حجة ، لان مثل هذا السند لا يخلو من شائبة التزوير .

ثانياً : انه اذا انكر من كتب سنداً او استكتبه واعطاه ممضياً او مختوماً ، الدين الذي حواه ، فلا يعتبر انكاره ويلزم عليه اداء ذلك الدين. مثلا لو كان بين شخصين اخذ وعطاء ، فتحاسبا وظهر ان لاحدهما في ذمة الآخر خمسين ديناراً فاعطى بذلك سنداً لصاحبه ، فانه يلزم بايفاء الدين المذكور ولا يسمع منه بان الحساب كان قد وقع خطأ وانه يطلب اجراء المحاسبة مجدداً .

اما اذا انكر كون السند له فان كان خطه او ختمه مشهوراً معروفاً بين التجار او اهل البلد وثبت ذلك بالشهرة ، فلا يلتفت الى انكاره ويعمل بذلك السند . وان لم يكن خطه وختمه معروفين يستكتب ويعرض على اهل الخبرة فان اخبروا بانهما كتابة شخص واحدة يجبر المنكر على اعطاء الدين المذكور ،

واذا لم يثبت كون السند سند المنكر ، وكان قد انكر السند والدين ، فيطلب من المدعي يحلف على ان السند ليس له وانه ليس بمدين للمدعي ، فاذا نكل عن الحلف بعدم الدين يلزمه الدين سواء حلف بكون السند له اونكل . وان نكل عن الحلف بكون السند له وحلف بعدم الدين فيلزمه الدين ايضاً . وان حلف على الاثنين لايلزمه شيء . (م ١٦١٠) .

واذا أبرز أحد سند دين على شخص متوفى ، وكان السند مرسوماً حسب المعتاد ، فان اعترف الورثة بكون السند سند مورثهم ، فانهم يلزمون بايفاء مضمونه ، من التركة . وان انكر كون السند سند مورثهم فان كان خط المتوفى وختمه معروفين وثبت بالشهرة كون الخط خطه والختم ختمه ، لزم الورثة ايفاء مضمونه ، من التركة ، وكذلك الحكم اذا ظهر بالتطبيق موافقتهما لمقياس قانوني . (م ١٦١١) .

ومن الاقرارات الكتابية المعتبرة ما لو ظهر كيس مملوء بالنقود أو غيرها ، في تركة أحد وقد حرر عليه بخط المتوفى ان هذا الكيس لفلان وهو عندي امانة ، أو ما في معنى ذلك ، فان فلاناً يأخذ الكيس المذكور بدون حاجة الى الاثبات بوجه من الوجوه ، لان العادة شاهدة بان الشخص لا يكتب مثل ذلك على ماله . ولان العادة جارية بان الامناء يكتبون مثل ذلك على الامانات التي تحت ايديهم ، لئلا يشتبه عليهم الآمر ، ولئلا يختلط الحال على ورثتهم من بعدهم . (م١٦١٢) . وهل الحكم كذلك في العلامات (الماركات) الخاصة بالتجار التي توسم بها الاحمال ؟ اي اذا وجد حمل أو مال عليه اسم احد التجار فهل يعتبر ذلك له ؟ الظاهر ان المال المذكور اذا كان تحت يد احد

يدعيه له او لغير صاحب الوسم فمجر وجود الوسم المذكور على المال لا يثبت كونه له ، بل لا بد لذلك من البينة . واذا لم يكن تحت يد احد فان الاصل ان يعتبر لصاحب الوسم لان ذلك قرينة لم يعارضها وضع يد احد ، ومن هذا يفهم ان مجرد القرائن يعمل بها اذا لم يعارضها اقوى منها . وسنبحث عن هذا عند الكلام عن القرينة القاطعة ، في كتاب البينات .

ما يبطل به الاقرار : يبطل الاقرار بأحد الامور الآتية :

١ — اذا كذب بحكم الحاكم ، فاذا ظهر مستحق وادعى الشيء الذي اشتراه احد وكان في يده ، وعند المحاكمة لو قال ذو اليد هذا كان مال فلان باعني اياه ، واثبت المستحق دعواه وحكم الحاكم بذلك ، يرجع ذوي اليد على البائع ويسترد ثمن المبيع منه وان كان قد اقر حين المحاكمة بكون ذلك الشيء مال البائع وانكر دعوى المستحق ، لان الاقرار المذكور قد كذب بحكم الحاكم ، فلا يكون مانعاً للرجوع . (م ١٥٨٧) .

٢ — برد المقر له الاقرار . فلا يبقى للاقرار حكم بعد ذلك . (م ١٥٨٠) ولكن هذا مشروط بعدم ابطال الرد حق الغير ، والا فانه لا يبطل . مثلا لو قال احد لآخر ان المال الفلاني هو مالك لاني قد بعته لك امس فرد المقر له هذا الاقرار ثم قال نعم كنت اشتريته منك ، فانه يصح ولا يعتبر الرد ، اذ لو قبل الرد وابطل الاقرار لزم ابطال البيع وفسخه برأي احد المتبايعين ، وهذا يقتضي بطلان حق الغير .

٣ — بتكذيب الحس والظاهر ، كما لو اقر لمن هو اكبر منه سناً أو لمن هو معروف النسب بانه ابنه . وكذا لو اقر احد بأنه قد هدم دار زيد مع انها لم تزل قائمة ، او انه قتل خالدا مع انه لم يزل حياً يرزق .

كتاب الدعوى

ينحصر البحث في الدعوى بالمواضيع الآتية :

١ — تعريف الدعوى ، وحكمها .

٢ — شروط صحة الدعوى .

٣ — اقسام الدعوى .

٤ — دفع الدعوى وانواعه .

٥ — التناقض وحكمه وما يتعلق به من الابحاث .

٦ — مرور الزمان . وحكمه وما يتعلق به من الابحاث

تعريف الدعوى .

هي طلب احد حقه من آخر ، جازماً ، في مجلس القضاء . اي بحضور الحاكم في محل الحكم او بحضور الحكم في مجلس التحكيم . فان الحكم قائم مقام القاضي . ويقال لطالب الحق من آخر في مجلس القضاء « المدعي » . ويقال للمطلوب منه الحق في مجلس القضاء « المدعى عليه » . (م ١٦١٣) . وقد قيل ان هذا التعريف الوارد للمدعي والمدعى عليه في المجلة غير صحيح ، لان المدعي عليه عند ايراده الدفع قد يتضمن دفعه طلب حق من المدعي ، كما لو ادعى احد على آخر بان له في ذمته خمسين ديناراً مثلا فدفع المدعي عليه بانه كان قد اوفاها اياه فان دفعه هذا يتضمن طلب حق من المدعى . ولكن هذا الاعتراض الوارد على تعريف المجلة غير وجيه ، لان المدعى عليه عند

قيامه بالدفع على الوجه المذكور يصبح مدعياً ، فليشمله تعرف المدعى ، ويصبح المدعى مدعى عليه فليشمله تعريف المدعى عليه . نعم اذا اردنا من المدعي البادئ في اقامة الدعوى ، ومن المدعى عليه من تقام عليه الدعوى فتعريف المجلة لا يكون سديداً كما هو موضح في تقرير الاعتراض ، بل ان التعريف الصحيح حينئذ ، هو ان المدعي من طلب حقه من آخر في مجلس القضاء واذا ترك الدعوى ترك ، وان المدعى عليه هو المطلوب منه الحق في مجلس القضاء ، واذا ترك الدعوى لم يترك .

ولكن المجلة ارادت من المدعي الاعم من البادئ في الدعوى ، ومن المدعى عليه الاعم من المقامة عليه الدعوى . فان هذا المعنى الاعم هو الاهم بالنظر ، لأن التفريق بين المدعي والمدعى عليه بالوجه الذي ذكرته المجلة هو الذي يعين كافة الاثبات على احد الطرفين ، ويعين الحاكم على السير في الدعوى على الوجه الصحيح .

والمراد من « الحق » في تعريف الدعوى الحق الوجودي كطلب مال من احد ، او الحق السلبي كطلب منع التعرض . فاذا عارض احد آخر في تصرفه في ملكه ، فان للمتعرض به ان يطلب منع معارضة المتعرض . اما دعوى قطع النزاع فلا تسمع لانها لا تتضمن طلب حق . وصورة هذه الدعوى ان يطلب احد امام الحاكم بان فلاناً اذا كان له علي حق فليثبته امام المحكمة لكيلا يبقى نزاع بيننا ، وما في هذا المعنى من صور الدعوى .

واما حكم الدعوى ، فهو لزوم جواب المدعى عليه بالاقرار او الانكار ، فان سكت حمل سكوته على الانكار .

شروط صحة الدعوى

يلزم لصحة الدعوى أن يتوفر فيها الشروط الآتية .

المدعى والمدعى عليه عاقلين

١ — ان يكون المدعي والمدعى عليه عاقلين . فلا تصح دعوى المجنون والصبي الغير المميز ، وانما لاوليائهما واوصيائهما أن يقوموا عنهما مدعين أو مدعى عليهم ، وأما البلوغ فليس بشرط لصحة الدعوى ، إذ لا ضرر محضاً في الدعوى ، لانها تتضمن طلب حق ومدافعة عن ترتب حق ، وليس في هذا ضرر محض . فالصبي المأذون له أن يقيم الدعوى في الخصوصات المأذون بها وان يكون مدعى عليه كذلك . فيترتب عليه مايترتب على المدعي او المدعى عليه ، حتى انه توجه اليه اليمين على القول الراجح . وقال البعض ان اليمين تؤجل الى ما بعد بلوغه ، لان غير البالغ لا يحنث باليمين ، فلا يبالي الصبي من اليمين . (م١٦١٦). واذا اقيمت الدعوى على ولي الصغير فلايشترط احضاره في مجلس القضاء لان الولي قائم مقامه ، الا اذا كانت الدعوى على الصغير لاتلافه مالا ، فيشترط حضوره للاشارة اليه في الدعوى والشهادة .

المدعى عليه معلوماً

٢ — ان يكون المدعى عليه معلوماً . فلا تصح دعوى شخص على احد من اهل المحلة الفلانية أو القرية الفلانية من غير تعيين شخصه . كما لو قال المدعي ان لي بذمة احد اهل هذه القرية كذا درهما، أو ان لي بذمة احد هذين الرجلين كذا درهما بدون تعيين احدهما. وانما اشترطت معلومية المدعى عليه لتظهر ثمرة الحكم . فان الحكم على مجهول بالتزامه شيئاً ممتنع التنفيذ . فالجهالة ولو كانت يسيرة مفسدة للدعوى .

ويلاحظ ان معلومية المدعي شخصاً كافية . واذا كان المدعي او المدعى

عليه مجهول الشخص ، لزم تعريفه من قبل رجلين أو امرأتين ، كما لو كان المدعي أوالمدعى عليه من النساء المتحجبات ، أو كان من الغرباء في البلد. واذا شك الحاكم في شخصية المدعي او المدعى عليه فله ان يطلب تعريفه مطلقاً . (م ١٦١٧).

٣ — حضور الخصم ، حقيقة او حكماً . فحضوره حقيقة ظاهر . وحضوره حكماً ، كما اذا بلغ المدعى عليه بالحضور فلم يحضر فحكم عليه غياباً فانه يعتبر بحكم الحاضر من جهة فينظر الحاكم في الدعوى ، ولكنه يعطي مدة يسوغ فيها له ان يعترض على الحكم ويقدم دفاعه ، لانه لم يكن حاضراً حقيقة . فاذا بلغ بالحكم ولم يعترض عليه في المدة فان الحكم يصبح سالماً من الاعتراض ، وقد كان حاضراً حكماً ، فيعتبر الحكم وجاهياً بعد ذلك . وانما اشترط حضور الخصم ليتسنى له الدفاع عن نفسه وليشار اليه عند الدعوى والشهادة (م ١٦١٨).

حضور الخصم // حقيقة او حكما

ويلاحظ ان الحاضر قد يكون خصماً عن الغائب ، وذلك في المواطن التي لا يمكن فيها التوصل الى الحق المطلوب الا بعد ثبوت امر يتعلق بغائب . مثلا لو ادعى احد على آخر بانه قد ادى عنه دينه الذي في ذمة فلان ، بامر منه فقال المدعى عليه ان فلاناً ليس له علي دين واني لم آمر بايفاء ما تزعمه من الدين كما انك لم تؤد ما تزعم اداءه . فاذا اقام المدعي البينة على تحقق دين فلان وان المدعى عليه قد امر المدعي بايفائه ، وان المدعي قد اوفاه فان البينة المذكورة تسمع ويحكم الحاكم بجميع هذه الجهات . فقد انتصب المدعي هنا خصماً عن فلان الغائب ، ولا يطلب الحاكم هذا الشخص الغائب للحضور في

الدعوى ،لان في ذلك ضرراً عليه من حيث النتيجة، وهو لم تقم عليه الدعوى. وعلى هذا المثال قس ما يشابهه في السبب .

٤ — ان يكون المدعى به معلوماً ، لانه لا يمكن اخذ المجهول تحت الحكم ، ولا فائدة من الحكم بالمجهول . (م ١٦١٩) .

ويستثنى من هذا الشرط خمس مسائل وهي : المدعى به معلوماً

أ — دعوى الغصب
ب — دعوى الرهن } انظر المادة (١٦٢١)

ج — دعوى الوصية بمجهول

د — دعوى الاقرار بمجهول . انظر المادة (١٥٧٩)

ه — دعوى الابراء عن مجهول .

فتصح دعوى احد على آخر بانه قد غصب منه حنطة لا يعلم مقدارها ، او انه قد رهن عنده شعيراً لا يعرف مقداره ولا قيمته ، او ان مورث المدعى عليه قد اوصى له بشيء من ماله ، او ان المدعى عليه قد اقر له بمال . وكذلك يصح دفع المدعى عليه فيما لو طالبه المدعي بدين ، بان المدعي كان قد ابرأه عن شيء من ذلك الدين يجهل مقداره .

وفي هذه المسائل الخمس اذا ثبتت دعوى المدعي يجبر المدعى عليه ، على بيان مقدار ماغصبه ، اورهن عنده ، وهكذا . والسبب في سماع هذه الدعاوي هو تحقق المعذرة ، لان الراهن قديرهن شيئاً وهو يجهل مقداره وقيمته، لان القصد من الرهن هو التوثيق فلا يلاحظ الراهن المقدار او القيمة : وكذلك المغصوب منه ، والموصى له والمقر له ، والمبرأ ، فان فعل الغصب والايصاء

والابراء والاقرار ، لم يحصل من المدعي بل من غيره ، فهو معذور في عدم معرفته مقدار حقه . والحق يجب حمايته او اظهاره قدر الامكان ، وقد امكن معرفة هذا الحق بعد ثبوته باجبار المدعى عليه على البيان .

ان لايسند سبب الملك الى الاقرار

٥ — ان لايسند سبب الملك في الدعوى الى الاقرار . لان الاقرار ليس سبباً من اسباب الملك ، فاذا اسند المدعى ملكيته للمدعى به الى الاقرار يكون معترفاً في دعواه بانه غير مالك للمدعى به ، فلا يسمع طلبه . اما اذا أسند الملكية الى سبب من اسباب التملك التي سبق ذكرها في كتاب الشركة وزاد على ذلك بان المدعى عليه قد اقر بكون المدعى به ملكه ـ اي ملك المدعي ـ فان الدعوى تكون مسموعة صحيحة . ويترتب على هذا ان المدعى لو ادعى بقوله ان هذا المال لي وان هذا الرجل الذي هو ذو اليد كان قد اقر بانه مالي ، تسمع دعواه ، لانه لم يسند الملك الى الاقرار بل ذكر الاقرار دليلا على اظهار التملك . ولو ادعى بقوله ان هذا المال لي لان هذا الرجل الذي هو ذو اليد كان قد اقر بانه مالي ، لاتسمع دعواه ، لانه اسند ملكيته للمال الى الاقرار وهو لايصلح سبباً للملك . (م ١٦٢٨) .

ان يكون المدعى به محتمل الثبوت عقلاً وعادة وشرعاً

٦ — ان يكون المدعى به محتمل الثبوت عقلا وعادة وشرعاً . لان الاستحالة عقلا وعادة تقتضي تيقن الكذب الظاهر في الدعوى ، والمستحيل شرعاً كالمستحيل عادة . ويترتب على هذا ، انه لو اقام احد الدعوى على آخر بانه ابنه ، وكان لا يولد مثله لمثله لاتسمع دعواه ، وكذلك لو توفى احد وترك بنتاً وابناً فادعت البنت ان لها النصف . لان هذا مستحيل شرعاً . وكذلك لو ادعى على امرأة انها زوجته وكان في عصمته اربع ازواج .

والمستحيل قانوناً كالمستحيل شرعاً ، كما لو ادعى احد اصحاب الانتقال باكثر من النصيب المقدر له حسب قانون الانتقال. (م ١٦٢٨).

٧ — امكان الزام المدعى عليه بالمدعى به ، على تقدير ثبوت الدعوى. فاذا كانت الدعوى على تقدير ثبوتها ، لا يلزم المدعى عليه بالمدعى به نظراً للاحكام الشرعية اوالقانونية، كانت الدعوى غير مسموعة، لان النظر في هكذا دعوى اشتغال بالعبث . مثلا لو اعار احد آخر شيئاً فادعى احد على المعير بقوله اني من اقاربه فانا اولى بالاعارة الي فليعرني الشيء الفلاني. فان هذه الدعوى باطلة غير مسموعة . (م ١٦٣٠) .

٨ — ان لا يكون في الدعوى تناقض . (م ١٦٤٧) وسيأتي الكلام على التناقض مفصلا .

٩ — ان تكون الدعوى في مجلس القضاء . فطلب احد حقه من آخر لا في مجلس القضاء لا يعتبر دعوى ولو كان امام الحاكم .

ويتضح مما سبق ان ما عدا الشرط الثاني والثالث والرابع ، يؤثر في جوهر الدعوى وذاتها ، فاذا اختل واحد منها كانت الدعوى باطلة ، وان الشروط : الثاني والثالث والرابع تؤثر في صفة الدعوى فاذا اختل منها واحد كانت فاسدة يمكن تصحيحها .

معلومية المدعي به

سبق ان معلومية المدعى به شرط من شروط صحة الدعوى . فهذه المعلومية تحقق بالوجوه الآتية .

١ — اذا كان المدعى به حاضراً في مجلس القضاء فالاشارة اليه في الدعوى

والشهادة واليمين ، كافية لمعلوميته .

٢ — اذا لم يكن المدعى به حاضراً في مجلس القضاء ، فان كان احضاره لا يكلف مؤنة و يسهل احضاره وكان المدعى عليه معترفاً بوجوده عنده ، فانه يلزم عليه ان يحضر الى مجلس القضاء للاشارة اليه عند الدعوى والشهادة واليمين، وذلك كما اذا كان المدعى به حلية او كتاباً او نحوهما، الا اذا كان المدعى به وديعة فانه لا يجبر على احضارها . وان كان في احضاره الى المجلس مؤنة تكلف المدعى عليه مصرفاً ، فانه لا يلزم باحضاره بل اما ان يذهب الحاكم الى المحل الذي فيه المدعى فيه و يستمع هناك الدعوى والشهود ويحلف المدعى عليه هناك اذا عجز المدعي عن الاثبات وقد طلب اليمين . واما ان يكتفي الحاكم بتوصيف المدعى به وتعريفه وبيان قيمته ، الا في الدعوى الغصب او الرهن فلا يلزم فيهما بيان قيمة المغصوب او الرهن ، لان المغصوب منه المدعي قد يجهل قيمة ماغصب منه ، وكذلك الراهن قد يجهل قيمة مارهنه فيكفي فيهما التوصيف والتعريف . واذا كان المدعى به اعياناً مختلفة الجنس والنوع والوصف فلا يلزم ذكر قيمة كل واحدة منها على حدة بل يكتفي ذكر قيمة المجموع كما اذا قال المدعي خمسة ابل وثلاث سيارات واربع افراس قيمتها الف دينار ، فانه يكفي ولو لم يبين قيمة كل واحد منها .

٣ — واذا كان المدعي به ديناً ، فيلزم بيان جنسه ونوعه وقدره كان يقول خمسين وزنة حنطة بحيبة ،أو خمسين ليرة عثمانية ذهباً . ولكن في الحال الحاضر قد تركت العملة بالذهب ، كما ان للاوراق النقدية والعملة الفضية اسماء خاصة تميزها عن غيرها ، لذلك يكفي للمدعي اذا قال خمسين ديناراً او خمسين جنيهاً او خمسين باونا او

خمسين روبية او خمسين درهما .

٤ — اذا كان المدعى به عقاراً فيلزم ذكر بلده وقريته او محلته وحدوده واسماء اصحاب حدوده واسماء آبائهم واجدادهم، الا اذا كان العقار مشهوراً فيكفي ذكر اسمه ، والا اذا كان اصحاب الحدود مشهورين معروفين فيكفي ذكر اسمائهم فقط .

ويكفي في دعوى العقار ايضاً ان يقدم المدعي سند التملك ويقول ان العقار المحررة حدوده في هذا السند هو ملكي ، لان سند التملك يحتوي على جميع التفاصيل المميزة والمعرفة للعقار تعريفاً تاماً .

ويكفي في تحديد العقار ذكر حدوده الثلاثة . لكن اذا ذكر حدوده الاربعة واخطأ في احدها لا تصح دعواه مالم يصحح خطأه . اما لو اصاب في بيان الحدود واخطأ في بيان مساحة العقار فلا يمنع ذلك صحة الدعوى ، لان العبرة بالحدود ، فهي المعتبرة في التعيين . (م ١٦٢٠ ، ١٦٢١ ، ١٦٢٢ ، ١٦٢٣ ، ١٦٢٤ ، ١٦٢٦) .

ولا يشترط في دعوى ثمن العقار بيان حدوده ، لان الدعوى حينئذ دعوى دين لادعوى عقار ، الا اذا كان العقار المبيع لم يكن قد سلم فلا بد حينئذ ان يبين حدوده في دعوى ثمنه ، لان الدعوى حينئذ تنجر الى البحث عن العقار المبيع ويكون موضوع كلام في الدعوى ، فلابد من معرفته ، ومعرفته موقوفة على ذكر حدوده اذا لم يكن مشهوراً . (م ١٦٢٥) .

ويلاحظ ان المدعى به اذا كان عيناً فلا يشترط لصحة الدعوى ذكر سبب التملك بل يكفي ذكر الملك المطلق ، لان الحكم بالعين لا يختلف باختلاف

السبب . فالحكم لا يختلف فيما اذا كان سبب الملكية هو الارث او البيع او الهبة ، او الاحراز .

اما اذا كان المدعى به ديناً فيلزم بيان سبب الدين ومنشئه ، وذلك لان الحكم في الدين يختلف باختلاف السبب . مثلا اذا كان الدين ناشئاً عن السلم يلزم في الحكم بيان محل الايفاء . واذا كان الدين قرضاً او ثمن مبيع ، يلزم بيان مكان الاداء . واذا كان الدين ناشئاً عن الغصب أو الاتلاف ، يلزم بيان مكان اداء البدل . وهكذا . فانت ترى ان الحكم يختلف باختلاف السبب في الدين ، وليس الامر كذلك في العين فان الحكم لا يتعرض لغير كون العين المدعى بملكيتها ، هي ملك المدعي ، فيما اذا ثبتت دعواه . ولان بعض اسباب الدين باطلة لا توجب ثبوت الدين في الذمة ، فللوقوف على كون السبب صحيحاً او غير صحيح يلزم ايضاً السؤال عن السبب . (م ١٦٢٧) .

انواع الدعوى :

الدعوى على ثلاثة انواع :

١ - الدعوى الصحيحة . وهي التي توفرت فيها الشروط السالفة الذكر و يترتب عليها احضار الخصم ومطالبته بالجواب ، واستماع البينة عند انكاره وتحليفه اليمين عند عجز المدعي عن الاثبات ، واحضار المدعى به الى مجلس القضاء اذا لم يكن في احضاره مؤنة وكان المدعى عليه معترفاً بوجوده لديه ، ونحو هؤلاء من الامور التي تقتضيها سير المحاكمة

٢ - الدعوى الفاسدة ، وهي الدعوى الصحيحة في ذاتها وجوهرها غير انها لبعض العوارض الخارجية اصبحت غير مشروعة . وهي التي لم يتوفر فيها

الشرط الثاني والثالث والرابع من الشروط السالفة الذكر ، وقد توفرت فيها بقية تلك الشروط ، وذكر فيها سبب الدين اذا كانت الدعوى دعوى دين.

وحكم هذا النوع من الدعوى ، هو انها قابلة للتصحيح فاذا صححها المدعي باكمال ما نقص تصبح صحيحة وتدخل في عدادها فتأخذ احكامها الآنفة الذكر . وذلك كما لو ادعى بمجهول فانه للمدعي ان يصححها برفع الجهالة .

٣ ـ الدعوى الباطلة ، وهي غير الصحيحة في ذاتها ، وهي التي نقصت فيها احد الشروط السالفة الذكر ما عدا الشرط الثاني والثالث والرابع . فان نقصان احد هذه الثلاثة يوجب الفساد لا البطلان . ولا يترتب على الدعوى الباطلة شيء من الاحكام المارة الذكر في الدعوى الصحيحة ، لان الباطل لا يترتب عليه شيء . مثال ذلك لو ادعى احد على آخر بانه فقير وان المدعى عليه غني فليعطني من ماله صدقة ، فان هذه الدعوى باطلة فلا يطلب حضور المدعى عليه ولا يطالب بالجواب .

ـ الدفع ـ

الدفع على ثلاثة انواع :

١ ـ دفع الدعوى ، وهو المبحوث فيه هنا

٢ ـ دفع الخصومة ، وهو الذي سنبحث فيه ، في الفصل التالي

٣ ـ دفع استماع الدعوى : وهو بحث مرور الزمان

ودفع الدعوى نوعان :

١ ـ الدفع الصحيح ، وهو الذي تندفع به الدعوى عند ثبوته . وهو المقصود بالكلام في هذا الفصل . وحكمه ان يتوجه الحاكم الى النظر في امر

اثباته اولا و يوقف النظر في دعوى المدعي فان ثبت تندفع الدعوى ، وان لم يثبت يعود الى النظر في دعوى المدعي فان ثبتت الدعوى يحكم بما يقتضيه القانون،اي يقضي قضاء الزام وان لم تثبت الدعوى يقضي بردها ومنع المدعي من معارضة المدعى عليه .

٢ ـ الدفع غير الصحيح . وهو الذي لا تندفع به الدعوى على تقدير ثبوته وحكم هذا الدفع الاهمال ، فلا يلتفت اليه الحاكم بل يستمر بالنظر في امر اثبات الدعوى على ما تقتضيه اصول المرافعات . وذلك كما لو ادعى المدعي بان المدعى عليه قد وضع يده على سيارته بدون حق وطلب الحكم عليه باعادتها اليه ، فدفع المدعى عليه بان السيارة المذكورة هي ملكه لانه قد ورثها عن ابيه ، فان هذا الدفع غير صحيح فلا يشتغل به الحاكم لان ثبوت كون المدعي عليه قد ورث السيارة عن ابيه لا يستلزم دفع دعوى المدعي ، لان ذلك لا يقتضي بطلان حق المدعي إذ قد تكون يد المورث يد غصب ايضاً ، فلزم اهمال هذا الدفع والنظر في امر اثبات دعوى المدعي ، بخلاف ما إذا قال المدعى عليه ان السيارة المذكورة هي ملكي وقد اشتريتها من المدعي فان هذا الدفع صحيح ، لانه على تقدير ثبوته تندفع دعوى المدعي فيحكم عليه برد دعواه ومنعه من معارضة المدعى عليه في تلك السيارة . فالدفع المقصود إذاً ، هو الاتيان بدعوى من قبل المدعى عليه تدفع دعوى المدعي (م ١٦٣١) و بعد هذا الدفع يأخذ المدعى عليه مقام المدعي و يأخذ المدعي مقام المدعى عليه . و يصح دفع الدفع ، وهو أن يورد المدعي بعد دفع المدعى عليه ، دفعاً على تقدير ثبوته يسقط دفع المدعى عليه ، ويجوز دفع هذا الدفع أيضاً ،

وهكذا الى ان يستقر شكل الدعوى على وجه .

ثم ان الدفع الصحيح يقبل قبل الحكم ، وقد يقبل بعد الحكم ايضاً كما في الاعتراض على الحكم ، وكما في اعتراض الغير ، على ما هو معروف في اصول المرافعات .

حكم الدفع الصحيح . سبق ان بحثنا عن شيء من هذا ونعود فنقول اذا اثبت المدعى عليه دفعه ، تندفع الدعوى ، كما لو ادعى احد على آخر مبلغاً معلوماً من الدراهم من جهة القرض فقال المدعى عليه اني كنت اديت ذلك ، او انت كنت قد ابرأتني من ذلك ، او كنا تصالحنا ، او ليس هذا المبلغ قرضاً بل ثمن المال الفلاني الذي كنت قد بعته لك ؛ او كنت قد حولتك على فلان بطلبي الذي هو ذلك المقدار وانت اعطيتني هذا المقدار عوضه ، يكون قد دفع دعوى المدعي . اذا لم يثبت المدعى عليه دفعه فله ان يطلب تحليف المدعي لانه بالنظر الى الدفع صارا مدعى عليه ، فان نكل عن اليمين ، ثبت الدفع فترد الدعوى . وان حلف تعود دعوى المدعي وحينئذ ينظر . فان كان الدفع المذكور يتضمن الاقرار بالدعوى ، يحكم الحاكم بناء على هذا الاقرار الا اذا طلب المدعي اقامة البينة في دعوى يطلب سريان الحكم فيها على الغير ، كما اذا اقيمت على احد الورثة ودفع المدعى عليه بدفع يتضمن الاقرار ولم يثبت دفعه وطلب المدعي استماع بينته . فان على الحاكم ان يستمع البينة وعند ثبوتها يبني حكمه عليها ، ليسري الحكم على سائر الورثة . وان كان الدفع المذكور لا يتضمن الاقرار فليس للحاكم ان يحكم بشيء لمجرد بطلان الدفع بل يجري في الدعوى بعد ان عادت ، على الطريقة المعروفة في اصول المرافعات ، فيطلب

من المدعي البينة واذا عجز يحلف المدعى عليه بطلب من المدعي، وهكذا ، الى آخر ما تقتضيه اصول المرافعات من الاجرا آت القضائية ، ثم يصدر حكمه بالالزام او بالترك . (م ١٦٣٢) .

الدفع الدائم والدفع الموقت

ثم ان الدفع اذا ثبت فقد يدفع دعوى المدعي دفعاً دائماً، على ما سبق الكلام عليه ، وهذا الحال هو الغالب في الدفوع التي تثبت . وقد يدفع الدعوى دفعاً مؤقتاً وذلك كما لو ادعى أحد على آخر كذا درهما ديناً وقال المدعى عليه اني كنت قد حولتك بهذا المبلغ على فلان وكل منكما قبل الحوالة فان اثبت المدعى عليه دفعه هذا وكان المحال عليه حاضراً في الدعوى ، فان دعوى المدعي تندفع دفعاً ابدياً ، وان لم يكن المحال عليه حاضراً واثبت المدعى عليه دفعه المذكور فان دعوى المدعي تندفع مؤقتاً ، فاذا حضر، واعترض على الحكم اعتراض الغير فان اثبت المدعى عليه دفعه في هذه الدعوى الاعتراضية ، تندفع الدعوى الاصلية حينئذ دفعاً ابدياً، وان لم يثبت دفعه رجعت دعوى المدعي على حالها ، فينظر فيها الحاكم على الوجه المطلوب في اصول المرافعات . (م ١٦٣٣) .

من ينتصب خصماً ومن لا ينتصب

الناس في الخصومة بالنظر الى الدعوى المقامة ، على ثلاثة اقسام :

أ — من يصلح ان يكون وحده خصما فيها :

ب — من لا يصلح ان يكون وحده خصما فيها ، ولكنه يصلح ان يكون خصما فيها اذا حضر معه شخص آخر .

ج — من لا يصلح ان يكون خصما فيها ابداً .

فالقسم الأول : وهو الذي يصلح ان يكون خصما وحده .

١ — من كان يترتب الحكم على اقراره فيما لو اقر فانه يكون خصما عند انكاره ايضاً وتسمع عليه البينة اما من لم يترتب على اقراره حكم فانه لا يكون خصما عند انكاره ولا تسمع عليه البينة . و يستثنى من هذا الولي ، والوصي ، ومتولي الوقف . فان هؤلاء يصلحون للخصومة في الدعوى المقامة على القاصر او على الوقف فتسمع عليهم البينة مع انه لا يترتب على اقرارهم حكم ، الا اذا كانت الدعوى ناشئة عن عقد صادر منهم ، كما اذا باع ولي الصغير مال الصغير بمسوغ شرعي ووقعت من قبل المشتري دعوى تتعلق بذلك . فيعتبر اقراره حينئذ، وتقام عليه البينة عند انكاره ، حسب الاصل الذي نحن في بحثه من دون استثناء . ومن الامثلة على هذا الاصل : اذا ادعى احد من اهل الحرف على احد بقوله ان رسولك فلاناً اخذ مني المال الفلاني فاعطني ثمنه ، يكون المدعى عليه خصما للمدعي اذا انكر ، لانه مكلف بدفع الثمن عند اقراره ، لان حقوق العقد في الرسالة تعود للمرسل . وعلى هذا تسمع دعوى المدعي و بينته اما لو ادعى المدعي بقوله ان وكيلك بالشراء فلاناً قد اشترى مني المال الفلاني فاعطني ثمنه ، فلا يكون المدعى عليه خصما للمدعي ، لانه لو اقر بدعوى المدعي ، لا يجب عليه دفع ثمن المبيع وتسليمه الى المدعي ، لان حقوق العقد الذي يجريه الوكيل تعود اليه لا الى الموكل ، إلا إذا أضاف العقد الى موكله فيكون حينئذ بحكم الرسول . م (١٦٣٤) .

٢ — من كان واضع اليد في دعوى استرداد العين ، فانه هو الذي يكون

من يترتب الحكم على اقراره

من كان واضع اليد في دعوى استرداد العين

خصما فيها ، لان الثمرة من هذه الدعوى هي الوصول الى الزام المدعى عليه برد العين الى المدعي ، فاذا أقيمت على غير واضع اليد لا تحصل هذه الثمرة ، لان العين ليست تحت يده فكيف يلزم بردها . مثلا إذا غصب أحد فرساً لآخر وباع الغاصب الفرس لشخص وسلمها اليه ، فاذا أراد صاحب الفرس استرداد الفرس فلا يدعيه إلا على الشخص الذي هو ذو اليد وهو المشتري الذي تسلم المبيع فهو الذي يصلح أن يكون خصما . ولا يصح أن يدعيه على الغاصب ، لانه لو فرض ان ادعاه على الغاصب وحكم بها للمدعي ، فبما ان الفرس ليست في يد الغاصب لا يمكن تنفيذ الحكم عليه ، فيكون نظر الحاكم في الدعوى عبثاً ، فلا يصلح أن يكون الغاصب خصما في هذه الدعوى . لكن لو طلب تضمين قيمة الفرس فان الدعوى تقام على الغاصب ، فهو الخصم فيها . و يعتبر الغاصب مستهلكا للفرس ببيعها وتسليمها الى المشتري . ففي هذه الصورة من الغصب يكون المغصوب منه مخيراً في اقامة الدعوى ، فان قصد استرداد المغصوب، كان خصمه واضع اليد وهو المشتري لا الغاصب ، وان قصد تضمين قيمتها ، كان خصمه الغاصب لا المشتري . (م ١٦٣٥) .

المشتري الذي قبض المبيع

٣ — المشتري الذي قبض المبيع ، هو الخصم وحده ، في دعوى الاستحقاق ، لان قصد المدعى هنا هو نزع اليد والملكية من المدعى عليه ، والمشتري في هذه الصورة هو المتمسك بالملكية واليد وحده دون البائع ، لان البائع بعد ان سلم المبيع الى المشتري أصبح لا علاقة له بالمبيع لا يداً ولا ملكية . اما إذا لم يكن المشتري قد قبض المبيع من البائع فلا يكون الخصم المشتري وحده ولا البائع وحده ، بل لا بد من جمعهما في الخصومة على ما سيأتي

ذكره ، لان الملكية انتقلت للمشتري واليد لم تزل للبائع ، والقصد من الدعوى نزع الملكية واليد ، فلا بد من جمعهما في الخصومة . (م ١٦٣٦) .

٤ - أحد الورثة أو الوصي وحده ، في الدعوى التي تقام على المتوفي أو له سواء كانت الدعوى دعوى دين أو دعوى عين ، وسواء كانت التركة مستغرقة بالديون أم لا ، فالدعوى التي هي للتركة يصح لكل واحد من الورثة ان يقيمها عن جميع الورثة على من عليه الحق ، كما له ان يقيم الدعوى عن نصيبه فقط من الحق . فاذا أقام احد الورثه الدعوى بجميع الحق - كالدين مثلا - فبعد الثبوت يحكم بجميع الحق لجميع الورثه ولكن ليس للوارث المدعي ان يقبض الا حصته ، وليس له ان يقبض حصص سائر الورثة ما لم يكن وكيلا عنهم بالقبض ، لان جواز التخاصم عن احد لا يستلزم جواز قبض امواله ، حتى ان الوكالة بالخصومة لا تستلزم الوكالة بالقبض على ما مر في كتاب الوكالة .

احد الورثة او الوصي في الدعوى التي تقام على المتوفى

واذا كانت الدعوى على التركة فللمدعي ان يقيمها على اي واحد شاء من الورثة ، ان كانت الدعوى دعوى دين ، فان كانت الدعوى دعوى عين فانها لا تقام الا على الوارث الواضع اليد عليها سواء الحال في ذلك قبل القسمة او بعدها ، الا ان الدعوى اذا اقيمت على العين بعد القسمة ، فاذا ثبتت دعوى المدعي واخذ العين المحكوم بها فان المدعى عليه يرجع على بقية الورثة ، كل حسب حصته الشرعية :

واذا اقام المدعي دعواه على احد الورثة :

١ - فان كانت التركة غير مستغرقة بالدين فان اقر المدعى عليه فلا يسرى اقراره الى سائر الورثة ، بل يقتصر اقراره عليه فيحكم عليه اضافة

للتركة بنسبة ما يستحقه مما قد أقر به ، فان كان يستحق الربع مثلا مما اقر به يحكم عليه بذلك وينفذ الحكم من حصته فقط . حتى لو كان المدعى به عيناً في يده ـ كالفرس ـ فاقر بها يحكم بكون حصته من ذلك الفرس للمدعي . وليس له الرجوع حينئذ على سائر الورثة بشيء ؛ لان الاقرار قاصر عليه . وان اثبت المدعي دعواه بالبينة ، يحكم بجميع المدعى به للمدعي ، حتى لو كان المدعى به عينا في يد المدعى عليه ـ كالفرس ـ وثبتت الدعوى بالبينة يحكم بكون الفرس كلها للمدعي لان البينة حجة متعدية ، وحينئذ يكون للمدعى عليه المحكوم حق الرجوع على سائر الورثة كل بنسبة حصته من الفرس المذكورة . وان لم يقر المدعى عليه ولم يقم المدعي البينة فان اليمين تتوجه الى المدعى عليه الحاضر في الخصومة وعلى سائر الورثة الغائبين عن الخصومة ، فيحلفون بعدم العلم فيحضر الحاكم الورثة الغائبين عن الخصومة ـ اي الذين لم يكونوا احد الطرفين في الدعوى ـ فيوجه اليمين الى الجميع فان نكلوا كلهم يحكم بجميع المدعى به وان نكل البعض منهم ، يحكم للمدعي بما يصيب حصتهم من المدعى به .

٢ — وان كانت التركة مستغرقة بالدين واقام المدعي دعواه على بعض الورثة او على كلهم فلا يحكم للمدعي الا بناء على البينة ، ولا يعتبر اقرار المدعى عليه مطلقاً لعدم وجود مال بيد الورثة يمكن استيفاء حقوق المدعي منه ، لان جميع التركة مستغرقة بالديون . على انه لو اعتبرنا اقرار الورثة نكون قد أضررنا الدائنين المستغرقين للتركة بديونهم من جهة ، ومن جهة أخرى نكون قد جعلنا الاقرار سارياً على الغير مع انه قاصر على المقر فقط . واذا عجز المدعي عن

البينة هنا ، لا يتوجه اليمين لا على الوارث الحاضر في الخصومة ولا على غيره ، لعدم الفائدة من توجيه اليمين ، لان القصد من توجيهها هو الوصول الى النكول الذي يعد اقراراً ضمنياً مع ان الاقرار الصريح غير معتبر هنا ، لما مر بيانه آنفاً .

ويلاحظ ان الحكم على أحد الورثة اضافة للتركة ، بناء على البينة ، بما انه سار على سائر الورثة ، فان لكل واحد من الورثة الذين لم يكونوا مدعي عليهم، أن يعترض على الحكم الواقع بطريق اعتراض الغير . (م ١٦٤٢) .

٥ - كل واحد من الناس يصلح أن يكون مدعياً أو مدعى عليه في دعاوي الاماكن العائدة منافعها للعامة، كالطريق العام ، والمرعى المتروك للعامة ، والمحتطب المتروك لجميع الناس . وكذلك يكفي واحد من الطرفين في دعوى الاشياء التي منافعها مشتركة بين أهالي قريتين - كالنهر والمرعى المشترك بينهم — اذا كان أهالي القرية غير محصورين ، أي يتجاوز عددهم المائة باحتساب النساء والقصر من ضمنهم . ولكن نظراً لاحكام القوانين الصادرة بعد المجلة ان حق اقامة الدعوى بخصوص الطرق العامة داخل المدن والقرى التي فيها بلدية ، انما يعود للبلدية وحدها . وكذلك حق اقامة الدعوى بخصوص الغابات المتروكة للعامة ، أصبح مختصاً بالحكومة نظراً لقانون تنظيم الاحراش والغابات . (م ١٦٤٤ ، ١٦٤٥ ، ١٦٤٦) .

والقسم الثاني وهو الذي لا يصلح خصما الا بحضور شخص آخر معه .

اولا — كل من الوديع ، والمستعير ، والمستأجر ، والمرتهن ، والغاصب ،

لا يصلح وحده أن يكون خصما ، في دعوى ملكية الوديعة العارية والمأجور والمرهون والمغصوب ، ولا في دعوى استئجارها أو كونها وقفاً أو نحو ذلك من الدعاوي . بل لابد من حضور المودع ، والمعير ، والمؤجر ، والراهن ، والمغصوب منه في الدعوى مع اولئك ، لان المستأجر مثلا ذو يد والمؤجر مالك ، والمرتهن ذو يد والراهن مالك ، وهكذا باقي الصور ، فلابد من حضور المالك مع واضع اليد ليمكن تنفيذ الحكم بنزع اليد والملكية . وتسمى هذه الأنواع الخمسة من الدعاوي بالمسائل المخمسة . ولكن إذا غصب أحد الوديعة من الوديع ،

أو العارية من المستعير ، أو المأجور من المستأجر ، أو المرهون من المرتهن ، فان لكل واحد من الوديع والمستعير والمرتهن والمستأجر أن يقيم الدعوى على الغاصب ، برفع يد الغاصب واعادة يدهم المحقة على المغصوب ، ولا يتوقف ذلك على حضور المالك معهم في الخصومة ، لان الدعوى دعوى يد ، ويدهم محقة ، فلا ضرورة لاحضار المالك معهم . بل لا تسمع دعوى المالك وحده في هذه الصورة فلابد من حضور اولئك معه إذا أراد المالك أن يخاصم هذا الغاصب ، فلو غصب أحد المأجور من يد المستأجر فللمستأجر وحده أن يخاصم الغاصب ، ولكن ليس للمؤجر وحده أن يخاصم الغاصب بل لابد من حضور المستأجر معه ، وكذلك الامر فيما لو غصبت العارية من المستعير والمرهون من المرتهن .

و يلاحظ ان مجرد قول المدعى عليه ان المدعى به وديعة في يده أو عارية أو مأجور أو مرهون أو مغصوب ، لا يقتضي رفع الخصومة المنفردة عنه ، بل لابد لذلك من اثبات قوله باقرار المدعي أو بالبينة بان يثبت ان المال المدعى

به مأجور مثلا قد استأجره من فلان أو بنكول المدعي عن اليمين عند عجز المدعى عليه عن اثبات قوله بالبينة — واليمين هنا توجه الى المدعي بعدم العلم ، أي بعدم علمه ان المدعى به مأجور للمدعى عليه أو معار له وهكذا — أو بحضور المؤجر مثلا وتصديقه قول المدعى عليه فاذا ثبت قول المدعى عليه باحد الوجوه المذكورة ، تندفع عنه الخصومة المنفردة ، فلا تسمع عليه الدعوى ما لم يحضر معه المؤجر في الدعوى بخصوص المأجور ، والمعير في الدعوى بخصوص العارية ، وهكذا . واذا حضر المؤجر والمستعير والوديع ، وادعى بان المال المدعى به لم يكن له بل لشخص آخر قد استأجره منه أو استعاره منه أو أودعه عنده وأثبت ذلك باحد الوجوه الآنفة الذكر ، لا تسمع الدعوى عليه ما لم يحضر ذلك الشخص ، وهكذا قد يستمر الحال الى أن يحضر المالك الاصلي .

ويشترط سماع قول المدعى عليه هنا توفر الامور الآتية :

أ — ان يعين الشخص الذي يزعم انه قد أودعه المال المدعى به او آجره اياه ، او رهنه عنده ، او استعاره منه او غصبه منه .

ب — الا يسبق منه اعتراف بكون المدعى به ملكه في الحال اوفي السابق . فلو قال المدعى عليه ان المال المدعى به هو ملكي ثم رجع فقال هو وديعة عندي لا يسمع دفعه ، كذلك لو قال كان ملكي ثم بعته لفلان ثم ان فلاناً اودعه عندي ، لا يسمع قوله ، فتتوجه اليه الخصومة وحده .

ج — الا يدعى المدعي في دعواه فعلا وقع من المدعى عليه على المدعى به كما لو ادعى عليه ان هذه السيارة ملكي وانك قد غصبتها ، او ان هذه السيارة

قد اشتريتها منك ودفعت اليك ثمنها فاطلب منك تسليمها لي، او اني استأجرت هذه الدار من فلان وانك غصبتها مني ، او ان هذا المال لي وانك سرقته مني . ففي هذه الصور لايسمع قول المدعى عليه بان المدعى به وديعة عنده او مأجور او عارية او مرهون او مغصوب ، بل تطلب البينة من المدعي لاثبات دعواه . (١٦٣٧) .

ثانياً — المشتري في دعوى الاستحقاق اذا لم يكن قد قبض المبيع من البائع، فلا يصلح ان يكون وحده خصما للمدعي بل لا بد من حضور البائع معه ، لان البائع ذو يد والمشتري مالك . (م ١٦٣٦)

ثالثاً — المشتري في دعوى الشفعة ، اذا لم يكن قد قبض المبيع ، لا يصلح وحده ان يكون خصما للشفيع ، بل لابد من حضور البائع معه ، لان البائع ذو يد والمشتري مالك .

والقسم الثالث ، وهو الذي لايصلح خصما ابداً .

أ — من لم يكن واضع اليد ، في دعوى العين لايكون خصما لمدعيها .

ب — الوديع لايكون خصما للمشتري ، في دعواه بتسليم المبيع . فلو ادعى المدعي على الوديع بقوله اني اشتريت هذة الدار من صاحبها فلان فسلمني اياها ودافع المدعى عليه بانه لايصلح خصما لان المال امانة بيده اودعها من يدعى المدعي الشراء منه ، فان الدعوى ترد من جهة الخصومة لان الوديع لا علاقة له مع المدعي في هذه الدعوى بوجه من الوجوه ، لانه لم يتلق المال منه ولم يجر معه عقداً بخصوصه. لكن اذا دفع المدعي بعد ذلك بقوله ان المودع قد باعني الدار التي اودعها عندك ووكلني على قبضها وتسلمها منك يسمع قوله فاذا اثبت

هذه الدعوى يأخذ الدار من الوديع ، لانه يصبح وكيلا بقبض الوديعة من الوديع ، فكما يلزم الوديع بتسليم الوديعة الى المودع عند طلبها منه كذلك يلزم بتسليمها الى وكيله . (م ١٦٢٨) .

ومثل المشتري في ذلك الموصي له ، فلا يصلح الوديع خصما له بل عليه ان يثبت الوصاية له بحضور الورثة على الوجه الذي سبق بحثه في اقامة الدعوى على الوارث . وكذلك المغصوب منه ،فانه كالمشتري ، لا يصلح ان يكون الوديع خصما له فاذا ادعى احد على الوديع بان الوديعة التي عنده هي ماله وان المودع كان قد غصبها منه لاتتوجه الخصومة بل يجب احضار الغاصب لتوجيه الخصومة عليه .

ج — الوديع لايكون خصما لدائن المودع، فلا يحق للدائن ان يقيم الدعوى لاثبات دينه على المودع بحضور الوديع . ولا يؤمر الوديع باعطاء الوديعة الى هذا الدائن فيما لو اعترف بالدين المذكور . لكن يجوز للدائن ان يضع الحجز الاحتياطي على الوديعة قبل اقامة الدعوى ، وله ان يطلب الحجز الاجرائي على الوديعة فيما لو استحصل الحكم على المدين المودع . ويستثنى من ذلك دين النفقة ، فان دين الدائن اذا كان ناشئاً عن نفقة واجبة شرعاً على المودع وكانت الوديعة من الاشياء التي يمكن الانفاق منها رأساً على صاحب النفقة . كالدراهم والمأكولات والملبوسات ، فانه يحق لصاحب النفقة ان يدعى نفقته على الوديع ليأخذها من دراهم الغائب التي هي امانة عنده او من المأكولات والملبوسات التي هي امانة عنده . اما اذا كانت الوديعة عقاراً او عروضاً فلا

يصح قرض النفقة منها ، فلا يجوز ان يدعى صاحب النفقة على الوديع بها . (م ١٦٣٩) .

د — ولا يكون مديون المديون خصما للدائن فليس لمن كان له في ذمة الميت طلب ان يثبت طلبه في مواجهة مديونه ، لانه لو اقر بالدين للمدعي لا يلزم به فلا يكون خصما عند انكاره . (م ١٦٤٠) .

ه — ولا يكون المشتري من المشتري خصما للبائع فليس للبائع ان يدعى الثمن على المشتري من المشتري الثاني بقوله ان المشترى مني هذا المال قد قبضه بدون ان يدفع لي الثمن فاعطني ثمن المال او اعطني المال لاحبسه الى استيفاء الثمن . ولكن لو اقر المشتري الثاني بذلك فانه يلزم باقراره فعليه ان يدفع الثمن والا كان للمدعي استرداد المبيع وحبسه الى ان يستوفي الثمن . (م ١٦٤١)

و — ليس لاحد من الشركاء في عين ملكوها بغير الارث ان يكون في الدعوى خصما للمدعى عليه في حصة الآخر ، لان الشركاء في شركة الملك كل واحد منهم اجنبي في حصة الآخرين . (م ١٦٤٣) .

ز — لا يصلح بعض اهل قريتين ، اهالي كل واحد منها محصورون ، ان يكون خصما في دعوى الاشياء المشتركة منافعها بين اهالي القرية كالنهر والمرعى .

التناقض

الكلام في التناقض ينحصر بالمواضيع الآتية :

١ — تعريفه وشروطه

٢ - حكمه

٣ — ما يرتفع به التناقض

٤ — المواطن التي يغتفر فيها التناقض

تعريف التناقض :

هو تدافع كلامين أو ما في حكم الكلام ، صراحة أو ضمناً ، على الغير . فهو يكون بين كلامين حقيقة ، كما لو ادعى أحد ان هذا العقار وقف ثم ادعى انه ملك ، و بين كلام وسكوت ، كما لو سكت أحد حين باع أبوه مالا ثم ادعى بعد ذلك انه ملكه ، و بين فعل وكلام ، كما لو اقدم أحد الورثة على قسمة شيء في التركة فاقتسموها ثم ادعى انه له خاصة . (م ١٦٥٦) وكذلك لو اقدم أحد على شيء ثم ادعى دعوى تنفي لازم ما أقدم عليه ، و يسمى هذا (سلب اللازم) وذلك كما لو كفل بثمن مبيع ولما طالبه المكفول له بالمال ادعى فساد البيع الذي كفل بثمنه ، فهذا مناقض للازم اقدامه على الكفالة ، لان اقدامه على الكفالة يستلزم كون البيع صحيحاً ، وكذلك لو ادعى أحد بعد الكفالة ان المبلغ الذي كفل به قمار أو نحوه مما لا يجب ، فادعاؤه هذا مناقض لاقدامه على الكفالة ، لان اقدامه عليها يستلزم صحة ما كفل به ووجوبه ، فاذا ادعى بعده عدم الصحة والوجوب كان مناقضاً . والتدافع هنا ضمني . والفعل والسكوت بحكم الكلام ، فاذا تدافع الكلام والفعل يتحقق التناقض كما يتحقق بتدافع الكلامين حقيقة . وتعريف المجلة للتناقض قاصر عن أداء المراد ، وفيه دور . (م ١٦١٥) .

شروط التناقض :

١ — صدور الكلامين المتدافعين من شخص واحد أو من شخصين

بهما بحكم الواحد كالوكيل والموكل ، والوارث والمورث . فلا تناقض إذا صدر الكلامان المتدافعان من شخصين ليسا بحكم شخص واحد . (م ١٦٥٢) .

٢ — ان يكون الكلام السابق قد وقع بحضرة منازع للمدعي اذا كان المدعي واضع اليد على المدعى به وقت الكلام السابق الذي نوقض بالكلام اللاحق ، فلو لم يكن قوله السابق في حضرة المنازع فليس بتناقض . مثلا اذا قال ذو اليد لشيء في يده ، ليس هذا لي ، ولم يكن هناك منازع حين قوله ، لا يصح نفيه ، فلو ظهر منازع وادعى ذو اليد ملكه هذا الشيء ، فانه تسمع منه دعواه ، وتقبل بينته ولا يمنعه قوله السابق . اما اذا كان المقر ليس بذي يد واقر بان الشيء الذي في يد زيد ليس بملكه ثم ادعى بعد ذلك انه ملكه واراد اقامة البينة ، فانه يكون مناقضاً ولا تسمع دعواه ولا تقبل بينته وان لم يكن له منازع حين اقراره . ووجه الفرق بين المسألتين ان اليد اقوى من النفي في ذي اليد فلم يمنعه قوله ، واما غير ذي اليد اذا قال ان الشيء الذي في يد فلان مثلا ليس لي واراد بعد ذلك اقامة بينته لا تسمع دعواه ، لتناقضه الذي لا صارف له ، وهو اليد فخالف الاول .

٣ — ان يتضمن ابطال حق على احد . فالتناقض على المتكلم نفسه لا يمنع صحة الدعوى ، مثلا لو ادعى احد ارثاً وقال لا وارث غيري ثم اقر بوارث آخر ، يصح اقراره ويلزم به ، لان التناقض على نفسه لا يضر احداً ، فالتناقض انما يمنع اذا كان على الغير .

وهل يشترط كون الكلامين المتدافعين عند القاضي اولا يشترط ، فيه خلاف . والظاهر من المجلة عدم الاشتراط ولكن نظراً الى احكامنا المدنية لا شك

في ان الكلام السابق اذا كان اقراراً فانه لا يعتبر واقعاً الا اذا صدر في مجلس القضاء ، او قامت قرائن تؤيد الشهادة على وقوعه خارج مجلس القضاء .

حكم التناقض

التناقض مانع لسماع الدعوى سواء ادعى المدعي لنفسه او بالوكالة او بالوصاية او بالولاية . ومانع لسماع الدفع لان الدفع في الحقيقة دعوى ايضاً . (م ١٦٤٧ و ١٦٤٨) ويتفرع على ذلك :

١ — لو استشرى احد مالا من احد ثم ادعى بانه ملكه . وكذلك لو قال ليس لي حق عند فلان ثم ادعي عليه شيئاً . فان دعواه لا تسمع .

٢ — لو ادعى احد على آخر باني كنت اعطيتك كذا مقداراً من الدراهم على ان تعطيها لفلان وانك لم تعطها اياه و بما انها في يدك اطلبها منك وانكر المدعى عليه ذلك ، فلا يسمع دفعه بقوله كنت اعطيتني ذلك المبلغ وانا دفعته الى من امرت بعد اقامة المدعي البينة واثبات ما ادعاه . وكذلك لو ادعى احد الدكان الذي هو في يد غيره بانه ملكه واجاب ذو اليد بقوله نعم كان ملكك ولكن بعتني اياه في التاريخ الفلاني وانكر المدعي ذلك بقوله لم يجر بيننا بيع ولا شراء قط فلو اثبت المدعى عليه دفعه ، لا يسمع دفع المدعي بعد ذلك بقوله كنت بعته بعقد فاسد ، او بشرط مفسد للبيع . (م ١٦٤٧)

٣ — اذا ابرأ احد آخر ابراء عاماً فلا يصح ان يدعي عليه بعد ذلك بحق واقع قبل الابراء لكن اذا ادعى عليه بعين فاعترف المدعى عليه بها وتمسك بالابراء ، فلا يلتفت الى دفعه لان الابراء عن الاعيان لا يصح ، فلا يكون المدعي متناقضاً في دعواه بخلاف ما اذا اعترف بالدين وتمسك في دفعه بالابراء ، فانه يصح لان الابراء عن الدين صحيح فاذا ثبت الابراء ،

كان المدعي متناقضاً في دعواه فترد ولـكن للمبرئ ان يدعي بالوكالة او بالوصاية مالا او أي حق لغيره على من ابرأه ابراء عاماً ، لعدم التناقض (م ١٦٤٩) .

٤ — اذا ادعى احد مالا لآخر بالنيابة عنه فلا يصح له ان يدعيه لنفسه ولا لغير من ادعى له سابقاً ، كما لو ادعى بالوكالة مالا لزيد ، فلا تسمع دعواه بعد ذلك لو ادعى المال لنفسه او لاي احد غير زيد ، للتناقض. لـكن لو ادعى المال لنفسه ثم ادعاه لآخر ، فانه يصح لعدم التناقض. ووجه الفرق بين المسألتين هو ان الوكيل قد يضيف الملك الى نفسه وهو انما يدعيه في الحقيقية الى موكله . فاذا ادعاه بعد ذلك لموكله لا يكون متناقضاً . وهذا المفهوم من المسألة الثانية . ولـكن عند الخصومة لا يضيف احد ملكه لغيره؛ فاذا اضاف احد الملك لغيره فادعاه لغيره ، ثم ادعاه لنفسه مثلا يكون متناقضاً وهذا هو المفهوم من المسألة الاولى (م ١٦٥٠) .

٥ — اذا ادعى احد بحق على احد ثم اقام دعوى اخرى بعين ذلك الحق على شخص آخر فان دعواه الثانية لا تسمع ، للتناقض . مثلا لو كانت دار مشتركة بين شخصين فعمر فيها المستأجر ثم طلب الرجوع على احد الشريكين بدعوي ان التعمير كان بامر منه فردت دعواه لعجزه عن الاثبات وحلف المدعى عليه المنكر اليمين . فاذا اقامها ثانية على الشريك الثاني فانها لا تسمع للتناقض . فالحق الواحد كما لا يستوفى بتمامه من كل واحد من الشخصين على حده ، لا يدعى به من جهة واحدة على شخصين.

ما يرتفع به التناقض

يرتفع التناقض باحد الامور الآتية :

١ – بتصديق الخصم . مثلا لو ادعى احد على آخر الفا من جهة القرض ، ثم ادعى ان المبلغ المذكور من جهة الكفالة فصدقه المدعى عليه ، يرتفع التناقض . وذلك لان التناقض يستلزم كذب احد الكلامين ولا يعلم الصادق من الكاذب منهما فاذا صدقهما الخصم فقد تعين الصادق وامكن الحاكم ان يبني حكمه عليه . (م ١٦٥٣)

٢ – تكذيب الحاكم . مثلا لو ادعى احد المال الذي هو في يد غيره بانه مالي وانكر ذلك المدعى عليه بقوله ان هذا المال كان لفلان وانا اشتريته منه واقام المدعي البينة على دعواه وحكم بذلك ، فان للمحكوم ان يرجع بالثمن على البائع ، لان التناقض بين كلاميه – وهو قوله اولا ان المال لفلان واشتريته منه ، ورجوعه بعد ذلك عليه بالثمن المتضمن ان المال ليس لفلان – وقد كذب بحكم الحاكم فارتفع التناقض فليس للبائع ان يدفع دعوى المشتري بالتناقض . (م ١٥٥٤).

٣ – بالتوفيق بين الكلامين المتناقضين . لان التناقض كان مانعاً من سماع الدعوى ، فاذا زال بالتوفيق فقد زال المانع فيعود الممنوع . ولكن يشترط لذلك شرطان :

الاول : ان يكون الكلامان قابلين للتوفيق بينهما

الثاني : ان يوفق نفس المدعي او وكيله بينهما . وعليه فمجرد دعوى المدعي انه قد وفق بين الكلامين مع انهما غير قابلين للتوفيق ، لا يسمع وكذلك لو كانا قابلين للتوفيق ولكنه لم يوفق المدعي بينهما . وذهب بعض الفقهاء الى ان كون الكلام قابلا للتوفيق ، يكفي لرفع التناقض فلا يشترط ان يوفق المدعي بينهما

فعلا ولكن المجلة لم تذهب هذا المذهب كما هو صريح قولها :- وو فقهما المدعي ايضاً - . و يترتب على ما تقدم .

١ — لو اقر احد بانه كان مستأجراً داراً ثم ادعى انها ملكه ، لا تسمع دعواه ، ولكن لو قال كنت مستأجراً ثم اشتريتها ،يكون قد وفق بين كلاميه فتسمع دعواه :

٢ — لو ادعى احد على آخر الفا من جهة القرض وانكر المدعى عليه ذلك بقوله ما اخذت منك ديناً ولا اعرفك واقام المدعي البينة على دعواه ثم قال المدعى عليه كنت قد اوفيتك المبلغ المذكور . او كنت قد ابرأتني منه ، فلا تسمع دعواه لكونها مناقضة لا نكاره . ولكن لو قال بعد ادعاء المدعي ليس لك علي دين قط واثبت المدعي كونه مديوناً فقال المدعى عليه نعم كنت مديوناً ولكن اوفيتك او ابرأتني منه واثبت دعواه هذه ،تندفع دعوى المدعي .

٣ — لو ادعى احد وديعة على آخر وانكر المدعى عليه بقوله ما اودعت عندي شيئاً واثبت المدعي ذلك وقال المدعى عليه بعد الاثبات كنت قد رددتها اليك وسلمتها لك ،لا يسمع دفعه هذا و يأخذ المدعي الوديعة عيناً ان كانت موجودة عنده ، و يضمن قيمتها ان كانت مستهلكة .

واما لو انكر المدعى عليه بقوله ليس لك عندي وديعة بعد ما ادعى المدعي بالوجه المذكور ثم اقام المدعي البينة وقال المدعى عليه كانت لك عندي تلك الوديعة ولكن رددتها وسلمتها لك ، فان دعواه تسمع . (م ١٦٥٧) .

المواطن التي يغتفر فيها التناقض

الجهل بالشيء لا يكون سبباً للمعذرة ، لتمكن الانسان من العلم والمعرفة . هذه

قاعدة مقررة ، غير انه اذا كان سبب الجهل الخفاء ، اي اذا كان الجهل بالشيء نشأ بسبب كون ذلك الشيء مما يخفى على من جهله ، فقد يكون عذراً . ومن هذا القبيل التناقض . فاذا كان سببه جهل المدعي بحقه في المدعي به حينما سبق منه قول او فعل يناقض دعواه وكان ذلك في محل خفاء فانه يعذر ، فلا يعتبر التناقض الواقع منه مانعاً لسماع دعواه . ومن امثلة محلات الخفاء النسب ، والطلاق ، والوصاية ، والولاية ، والتولية والابراء ، وشراء الشيء مستوراً ، والارث ، والوقف ، وكون المغصوب قائماً لم يهلك . و يمكن ان يعبر عن محلات الخفاء بصورة تكاد تكون عامة ، بان يقال ان يكون الخفاء قد تحقق بسبب كون الشيء حصل من فعل الغير . واليك الامثلة في هذا المقام :

---

١ — اذا اختلعت المرأة من زوجها ثم اقامت بينة على انه كان قد طلقها ثلاثاً قبل الخلع فانه يقبل منها ذلك فتشرد بدل الخلع .

٢ — اذا باع الوصي مال الصغير ، ثم ادعى انه قد باع بغبن فاحش فانه تسمع دعواه ، ولا يمنع اقدامه على البيع سماع الدعوى .

٣ — اذا ادعى المستأجر على المؤجر بعد استئجاره الدار بانها ملكه وكان ابوه قد اشتراها له في صغره ولم يكن له علم بذلك عند استئجاره ، واثبت دعواه بالطرق المقبولة ، تسمع دعواه و يحكم له بالدار . وكذلك لو استأجر احد داراً ثم حصل له علم بان تلك الدار هي منتقلة اليه من ابيه ارثاً وادعى بذلك تسمع دعواه . (م ١٦٥٥) .

٤ — لو ادعى المغصوب منه على الغاصب بقيمة المغصوب بناء على ان الغاصب

قد استهلك المغصوب ، ثم ترك هذه الدعوى واقام عليه دعوى اخرى باسترداد عين المغصوب بناء على الحقوق علمه بوجود عين المغصوب قائمة بيد الغاصب فان دعواه مسموعة ولا ينظر الى التناقض بين طلبه الاول ودعواه الثانية ، لان المحل محل خفاء .

مرور الزمان

الكلام هنا ينحصر في المواضيع الآتية .

١ — تعريف مرور الزمان ، وحكمه

٢ — مدة مرور الزمن ومبدؤها

٣ — الاعذار الدافعة لمرور الزمان

٤ — الاسباب القاطعة لمرور الزمان

٥ مالا يجري عليه مرور الزمان

تعريف مرور الزما وحكمه :

هو ان يمر على الحق مدة مقدرة قانوناً ، من دون ان يدعى به زاعم ان ذلك الحق له

وحكمه انه يدفع استماع الدعوى . فهو يصلح سبباً للدفع لا سبباً للتملك ، لانه ليس من اسباب التملك . ولهذا اذا اقر المدعى عليه بالدعوى ودفع بمرور الزمان لا يلتفت الى دفعه ، لان الحق لا يسقط بتقادم الزمان .

ولكن يلاحظ ان الدفع بالتصرف بمرور الزمان انما يعتبر اذا كان التصرف تصرف الملاك المستقل في ملكه ، اما اذا كان التصرف الواقع لا بهذه المشابهة فانه لا يعتبر ، وذلك كما لو ادعى احد على آخر بملكية دار وانكر المدعى عليه

ذلك ودفع بالتصرف فيها مدة مرور الزمان، فادعى المدعي بان التصرف المذكور انما كان بطريق استئجار المدعى عليه منه تلك الدار وانه ما زال يقبض الاجرة من المدعى عليه، فاذا اثبت ذلك تسمع دعواه، فلا يعتبر تصرف المدعى عليه بالوجه المذكور مرور الزمان . وكذلك الامر لو ثبت ان تصرف المدعى عليه بالمدعي به انما هو لسبب الشركة، اي لسبب كون المدعى عليه شريكا فيه (م ١٦٧٣) .

مدة مرور الزمان :

مرور الزمان في الاصل نوعان: اجتهادي وسلطاني فالاجتهادي ما اتفق عليه المجتهدون، وهو ان يمر على الحق ست وثلاثون سنة . والسلطاني، هو ان يمر على الحق خمس عشرة سنة، وانما سمي سلطانياً لانه ثبت بأرادة ملكية من احد سلاطين آل عثمان . وكانت الارادات الملكية في ذلك العصر بحكم القانون .

ثم لما سنت القوانين التي من جملتها المجلة ورد في بعضها مدد لمرور الزمان تختلف طولا وقصرا باختلاف الاشياء الوارد عليها مرور الزمان فمدته تختلف بالنسبة لشيء دون شيء . فكان مرور الزمان بعد هذا قانونياً كله اي منسوباً للقانون . وان كان في الاصل بعضه اجتهادي و بعضه سلطاني . ومدد مرور الزمان هي كما يلي :

١ — في الدعاوي المتعلقة برقبة الوقف او الارض الاميرية ست وثلاثون سنة . (م ١٦٦١) .

٢ — في الدعاوي المتعلقة بالتصرف بالاراضي الاميرية عشر سنوات، سواء

كانت الدعوى بين الافراد او بين الخزينة واحد الناس . (م ١٦٦٢) .

٣—في جميع الدعاوي عدا ما تقدم مدة مرور الزمان خمس عشرة سنة. وذلك مثل دعوى التولية على الوقف ودعوى الاستحقاق في الوقف ، ودعوى الملكية ودعوى التصرف بالاجارتين ، ودعوى الدين . (م ١٦٦٠) .

٤ - في الدعاوي المتعلقة بحق المرور ، او حق المسيل ، او حق الشرب ست وثلاثون سنة اذا كان هذا الحق عائداً الى وقف ،وخمس عشرة سنة اذا كان عائداً لملك ، وعشر سنين اذا كان عائداً لارض اميرية .فلا تسمع الدعاوي بعد مرور هذه المدد . (م ١٦٦٢) .

٥ في دعوى الشفعة شهر واحد من وقت اجراء طلب التقرير والاشهاد انظر المادة - ١٠٣٤ -

هذه هي مدد مرور الزمان الواردة في المجلة . وتوجد مدد اخرى في امور اخرى تتعلق ببعض القوانين الخاصة كمرور الزمان التجاري في السندات المحررة للأمر (كمبيالات) فانه خمس سنين ، وكمرور الزمان في الجلك ، وغير ذلك من المسائل المنصوص عليها في القوانين الخاصة .

مبدأ مدة مرور الزمان

يعتبر ابتداء مده مرور الزمان من تاريخ صلاحية الادعاء بالحق ، ويترتب على هذا .

اولا — في دعوى الدين المؤجل يعتبر ابتداء المدة من حلول الاجل ، لانه ليس للمدعي صلاحية طلب الدين المذكور الا بعد حلول الاجل . نعم له ان يدعي لاثبات الدين قبل حلول اجله . وحينئذ يحكم الحاكم بثبوت الدين على

ان يؤديه المدين عند حلول الاجل . ومصاريف الدعوى هنا تكون كلها على المدعي لان الدعوى اقيمت قبل اوانها ، الا اذا انكر المدعى عليه هذا الدين المؤجل واثبته المدعي فتكون المصاريف على المدعى عليه . مثلا لو ادعى احد على آخر بقوله لي عليك كذا درهما من ثمن الشي الفلاني الذي بعته لك قبل خمس عشرة سنة مؤجلا لثلاث سنين ، تسمع دعواه ، لانه قدمر اثنتا عشرة سنة اعتباراً من حلول الاجل . فليس للمدعي عليه هنا ان يتمسك بمرور الزمان .

ثانياً - لا يعتبر مرور الزمان في دعوى البطن الثاني بالوقف المشروط للاولاد بطناً بعد بطن ، الا من تاريخ انقراض البطن الاول، لانه لم يكن للبطن الثاني صلاحية الادعاء ما دام احد من البطن الاول موجوداً . وبناء على هذا لا يتصور مرور الزمان القطعي في الدعوى بالوقف المشروط بطناً بعد بطن ، اذ ان الدعوى المذكورة يجوز لكل بطن ان يقيمها عند توجه الاستحقاق اليه. فلو فرضنا ان البطن الاول لم يطالب بالوقف مدة اربعين سنة فان مرور الزمان يتحقق بالنسبة اليه ، فليس له ان يدعي به بعد ذلك ولكن لو انقرض هذا البطن وتوجه الاستحقاق للبطن الذي بعده فان لهذا البطن ان يقيم الدعوى اذا لم يمر على توجه الحق اليه مدة مرور الزمان . وهكذا . هذا المعنى هو المفهوم من ظاهر المجلة . وذهب البعض الى ان مرور الزمان اذا تحقق في دور البطن الاول فان للمدعى عليه ان يتمسك به عند ما يقيم البطن الثاني عليه الدعوى وارتأى هذا البعض ان مراد المجلة هو ان مرور الزمان اذا لم يحصل في زمن البطن الاول وانتقل الحق الى البطن الثاني فعندئذ يتجدد مبدأ مرور الزمان لهذا

البطن من حيث ان الحق قد انتقل اليه قبل مرور الزمان عليه في البطن الاول ، اما اذا انتهت مدة مرور الزمن عليه في البطن الاول فانه لا يتجدد للطبقة الثانية ، اي للبطن الثاني .

وهذا الرأي الثاني وان لم يكن ظاهراً من عبارة المجلة، جدير بالقبول سدا لابواب التزوير فان مرور الزمان انما شرع لسد باب التزوير والتشبث بالدلائل الباطلة الملفقة . فاذا جرينا على المعنى الاول الظاهر من عبارة المجلة ، نكون قد فتحنا ماقد سعينا لسده ، فان باب الادعاء يبقى مفتوحاً لكل طبقة بعد طبقة من البطون اذ اجرينا على المعنى الاول .

٣ — يعتبر مبدأ مرور الزمان في دعوى المهر المؤجل من وقت الطلاق او من تاريخ موت احد الزوجين لان المهر المؤجل لا يكون معجلا الا بالطلاق او الموت . (م ١٦٦٧) .

الاعذار الدافعة لمرور الزمان

هي اربعة : (م ١٦٦٣ ، ١٦٦٨) .

١ — القصر . فاذا كان المدعي في مدة مرور الزمان صغيراً أو مجنوناً أو معتوهاً ، فانه يعد معذوراً ولو كان له ولي أو وصي . فللقاصر بعد زوال العذر ان يقيم الدعوى مالم يجر عليه مرور الزمان ابتداء من زوال العذر . وإذا كان المجنون يجن ويفيق مدة ، فان مجموع مدد جنونه تطرح من مجموع المدة المارة على سكوته عن طلب الحق ، فان كان الباقي يؤلف مدة مرور الزمان لا تسمع دعواه ، والا سمعت .

٢ — الغيبة مدة سفر ، وهي مسافة ثماني عشرة ساعة بالسير المعتدل على

الدابة ، اي مسافة تسعين كيلو متراً (م ١٦٦٤) . فاذا كان المدعي أوالمدعى عليه غائباً فان مدة الغيبة ، لا تعتبر من مدة مرور الزمان ، لانه يعتبر معذوراً فيها فمدة الغيبة تطرح من مجموع المدة التي مرت على السكوت من حين صلاحية المطالبة بالحق ، فان كان الباقي يؤلف مدة مرور الزمان ، لا تسمع الدعوى ، والا سمعت . ولكن اذا كان قد تكرر الاجتماع في مدة الغيبة بين المتداعيين ، وكان هذا الاجتماع المتكرر قد وقع في مكان يمكن للمدعي ان يخاصم فيه المدعى عليه فلم يخاصمه ، فلا تعتبر الغيبة حينئذ عذراً ولا تنزل من مدة مرور الزمان . (م ١٦٦٥) .

٣ — التغلب . فاذا كان لاحد دعوى مع احد المتغلبة ولم يمكنه الادعاء لامتداد زمن تغلب خصمه فان مرور الزمان يعتبر ابتداء من تاريخ زوال التغلب ، فلا يحتسب زمن التغلب من ضمن مدة مرور الزمان ، لان المدعي كان معذوراً فيها .

واذا كانت المدعية ذات زوج واثبتت بالبينة ان زوجها كان يمنعها من اقامة الدعوى حتى مرت مدة مرور الزمان ، قال الفقهاء ، ان هذا يصلح عذراً لها ، قياساً على الخصم المتغلب ، وهو رأي جدير بالقبول ، لان على الحاكم ان يستعمل القياس الصحيح و يعمل بموجبه بعد التدليل عليه .

٤ — الافلاس في دعوى المطالبة بالدين من المفلس . فمن ادعى على من تمادى افلاسه خمس عشرة سنة وتحقق يساره بعد ذلك ، بانه قبل خمس عشرة سنة كان لي عليك دين من الجهة الفلانية كذا درهما ولما كنت مفلساً من ذلك التاريخ الى الآن لم يمكن الادعاء ولاقتدارك الآن على الاداء اطلب منك اداء الدين

المذكور، تسمع دعواه . فمدة الافلاس لاتعتبر من ضمن مدة مرور الزمان فان مدة مرور الزمان هنا تبدأ من حين اليسار بعد الافلاس . والمراد من الافلاس هنا، الافلاس المدنى الذي تقدم تقريره عند الكلام على الحجر . (م ١٦٦٨) .

وهل مدة الافلاس التجاري كذلك؟ ارى انها . يجب ان تكون كمدة الافلاس المدني محل عذر ، لاتحاد العلة. ولكن رأى سائر شراح المجلة خلاف ذلك .

الاسباب القاطعة لمرور الزمان .

المخاصمة امام الحاكم هي القاطعة لمرور الزمان . فاذا ادعى احد على آخر خصوصاً في حضور الحاكم وقبل ان يصدر الحكم ترك الدعوى وقبل ان يمر على الترك خمس عشرة سنة راجعها و بعد المخاصمة وقبل الحكم ترك الدعوى وهكذا فان مرور الزمان لايجري ،لان المخاصمة بعد الادعاء قاطعة لمرور الزمان فيتجدد مرور زمان ابتداء من آخر اجراآت الدعوى المتروكة .

اما مجرد تقديم الاستدعاء فلا يقطع مرور الزمان كما هو المفهوم من صراحة المجله ، حيث قالت : ـ اذا ادعى احد على آخر خصوصاً بحضور الحاكم في كل برهة مرة ولم تفصل دعواه ـ فانه صريح بهذا المعنى كما ان المجلة قد عرفت الدعوى بانها طلب احد حقه من آخر بحضور الحاكم .

ولكن يلاحظ ان المدعي اذا اقام الدعوى . و بعد المخاصمة ترك الدعوى حتى مرت عليها ستة اشهر فقرر الحاكم ابطال استدعاء الدعوى عملا بحكم المادة ١١٨ من اصول المرافعات الحقوقية ، فانه يجب الا تعتبر هذه الدعوى قاطعة لمرور الزمان ، لانها بعد ان ابطلت اصبحت كان لم تكن . فاذا اقميت مجدداً تعتبر دعوى جديدة لا علاقة لها بالدعوى المبطلة . (م ١٦٦٦) .

ويلاحظ ان الوارث والمورث . او البائع والمشتري ، او الواهب والموهوب له . يعتبران كشخص واحد فاذا حصل مرور الزمان في عهد المورث او حصل بعضه في عده والبعض الآخر في عهد الوارث ، فلا تسمع دعوى الوارث بعد ذلك . وهكذا الحال في البائع والمشتري ، والواهب والموهوب له . مثلا اذا كان احد متصرفاً في عرصة متصلة بدار خمس عشرة سنة مع سكوت صاحب الدار ثم عندما بيعت الدار ادعى المشتري بان هذه العرصة طريق خاص للدار التي اشتريتها ، فلا تسمع دعواه . (م ١٦٦٩ ، ١٧٠٠ ، ١٧٠١) .

ثم ان الحق الواحد قد يحصل فيه مرور الزمان بالنسبة لشخص فلا تسمع دعواه فيه ، ولا يحصل فيه مرور الزمان بالنسبة لغيره فتسمع دعواه فيه . وذلك كما لو وجد مرور الزمان في حق بعض الورثة في دعوى مال الميت الذي هو عند آخر ، ولم يوجد في حق بعض الورثة لعذر كالصغر ، فادعى به واثبته فانه يحكم بحصته فقط في المدعى به . ولا يسري هذا الحكم الى سائر الورثة . اللهم الا اذا كان هذا المدعى به لا يقبل التخزئة كما اذا كان المدعى به جداراً ، او شجرة او نحوهما ، فان الحكم بثبوت كونه للمورث بناء على دعوى الصغار بعد زوال العذر ، يسري الى الكبار الذين مر على سكوتهم مدة مرور الزمان . (م ١٦٧٢) .

مالا يجري عليه مرور الزمان .

لا يعتبر مرور الزمان في دعاوي المحال العامة التي يعود نفعها للعموم ، كالطريق العام ، والنهر العام ، والمرعى العام ، والمعابد . وكذلك الطريق الخاص المنتفع منه بوجه عام والنهر المملوك المنتفع منه بوجه عام ، الوارد ذكرها في المادتين

(١٢٢٣ ، ١٢٣٩) . مثلا لو ضبط احد المرعى المخصوص بقرية وتصرف به خمسين سنة بلا نزاع ثم ادعاه اهل القرية تسمع دعواهم ، وكذلك اذا ادخل اهل جزء من الطريق العام في داره وتصرف به بلا نزاع خمسين سنة ، فان الدعوى به بعد ذلك مسموعة . ووجه ذلك هو ان المحال العامة ملك لعموم الناس ولا يخلو عموم الناس من صغير او مجنون او غائب فالعذر متحقق دائماً على كل حال ، فلا يؤثر مرور الزمان (م ١٦٧٥).

ملاحظة :

ان الاعلامات الصادرة من المحاكم يجري بحقها مرور الزمان اعتباراً من آخر معاملة جرت عليها في المحكمة او في دائرة الاجراء .

انجز طبعها في ٤ ربيع الاول سنة ١٣٥٦
الموافق ١٥ مايس سنة ١٩٣٧

عبد الجبار يحيى



فهرس مختصر